João Daniel Rassi

**IMPUTAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS E O DEVER DE
SOLIDARIEDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

FACULDADE DE DIREITO DA USP

São Paulo

2012

João Daniel Rassi

**IMPUTAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS E O DEVER DE
SOLIDARIEDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Tese sob orientação do professor titular
Vicente Greco Filho, do Departamento de
Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia, da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em
Direito.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

São Paulo

2012

BANCA EXAMINADORA

Ao professor Vicente Greco Filho, por tudo.

Ao professor Paulo José da Costa Jr. cujas mãos sensíveis
me conduziram à vida acadêmica

Ao professor Antonio Luis Chaves Camargo (*in memoriam*)
porque, ao democratizar o ensino do direito
penal, acabou me ensinando também.

“(...) porque nenhum segue mais leis, que as da conveniência própria. Imaginar o contrário, é querer emendar o mundo, negar a experiência, e esperar impossíveis” (Padre Antonio Vieira. *Obras inéditas*. Tomo I, Lisboa: Editores, J.M.C. Seabra & T. Q. Antunes, 1856, p. 21).

RESUMO

A presente tese se propõe a analisar os limites entre a participação criminal e a conduta impune, com o objetivo de enfrentar a problemática das chamadas ações neutras, a partir do fundamento do injusto da participação criminal.

Para tanto, são expostas as diversas teorias que explicam o injusto do partícipe, entre as quais é feita opção pela mais adequada à sistemática brasileira do concurso de pessoas, a qual servirá de base para a apresentação do próprio ponto de vista para resolver a questão da punibilidade das condutas *a priori* neutras.

A teoria da imputação objetiva foi considerada como um instituto essencial na análise da participação criminal, o que permitiu a abordagem sobre o desvalor da conduta do partícipe como objeto de imputação.

O desvalor da conduta do partícipe, por sua vez, foi entendido como uma violação do dever de solidariedade, o que implicou no tratamento da solidariedade humana objetiva como elemento imprescindível para a existência social coesa, a partir do pensamento de Durkheim e Giddens.

Por fim, aceitando o pressuposto de que nem todos são responsáveis pelo comportamento alheio, a omissão penalmente relevante foi estudada como critério capaz de limitar a responsabilidade penal no caso em que há concurso de pessoas para a prática de crime, na discussão do seu limite mínimo.

Palavras chave: limites da participação criminal – ações neutras ou cotidianas – dever de solidariedade

ABSTRACT

The present work aims to analyze the boundaries between the criminal participation and non-punishable conducts, with the intention of addressing the question of the so-called neutral or daily actions, from the standpoint of the unjust of the criminal participation.

To this effect, the work begins by exposing the numerous theories that explain the unjust of the criminal participation. The study is then limited to the one that best fits the Brazilian law regarding concerted actions, which will then be used as grounds to the author's point of view to address the issue of the punishment of the actions that *a priori* are daily or neutral.

The theory of objective imputation was considered essential to the analysis of the criminal participation, thus allowing the study of the social disapproval of the conduct of the accessory as the object of criminal imputation.

The social disapproval of the conduct of the accessory, on the other hand, was seen as a breach in the obligation of solidarity, which resulted in objective human solidarity being considered a fundamental element to a cohesive social existence, as stated by Durkheim and Giddens.

Finally, according to the assumption that not everyone is responsible for other people's behavior, relevant criminal omission was studied as a criteria to restrict criminal liability in concerted actions, when debating its minimal limit.

Keywords: limits of criminal participation – neutral or daily actions - obligation of solidarity

RIASSUNTO

La presente tesi si propone di analizzare i limiti tra la partecipazione criminale e la condotta impune, con l'obiettivo di affrontare la problematica delle chiamate azioni neutre, a partire dal fondamento della fattispecie delittuosa della partecipazione criminale.

A tal fine, sono esposte le diverse teorie che spiegano la fattispecie delittuosa del compartecipe, tra le quali si predilige, come più confacente, la sistematica brasiliana del concorso di persone, la quale servirà come base per proporre il proprio punto di vista, al fine di dirimere la questione della punibilità delle condotte *a priori* neutre.

La teoria dell'imputazione oggettiva è stata qualificata come un istituto essenziale all'analisi della partecipazione criminale, il che ha permesso di discutere circa la svalutazione della condotta del compartecipe come oggetto d'imputazione.

La svalutazione della condotta del compartecipe, a sua volta, è stata intesa come una violazione del dovere di solidarietà, il che ha implicato, nel trattamento della solidarietà umana obbiettiva, come elemento imprescindibile per l'esistenza sociale coesa, a partire dalla concezione di Durkheim e Giddens.

Infine, accogliendo il presupposto secondo il quale non tutti sono responsabili per il comportamento altrui, l'omissione penalmente rilevante è stata considerata come criterio capace di limitare la responsabilità penale nel caso in cui esista un concorso di persone nella commissione di un reato, nella discussione del suo limite minimo.

Parole chiave: limiti della partecipazione criminale - azioni neutri o quotidiane - dovere di solidarietà

SUMÁRIO

1. CONSTELAÇÃO DE CASOS	12
1.1. Casos da jurisprudência brasileira	13
1.2. Casos da jurisprudência espanhola:	16
2. INTRODUÇÃO:	18
2.1. Abordagem do tema: justificativa para a escolha e importância do tema.	18
2.2. Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira	21
3. AS CONDUTAS NEUTRAS OU LABORAIS	22
3.1. Colocação do problema	22
3.2. Conceito de conduta neutra	25
3.2.1. As ações neutras como um problema da participação criminal	28
3.2.2. O problema das ações neutras a título de autoria	30
3.3. Ações neutras na perspectiva criminológica:	31
3.4. Teorias clássicas	32
a) <i>Adequação social</i>	32
b) <i>Princípio da insignificância</i>	35
c) <i>Proibição de regresso</i>	35
4. A PARTICIPAÇÃO DELITIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: FUNDAMENTOS E LIMITES	39
4.1. Posição do problema: pressupostos teóricos	39
4.2. Delimitação conceitual (<i>necessária</i>) entre autoria e participação: o sistema legal brasileiro	43
4.2.1. Anotações sobre os modelos de concurso de pessoas	43
4.2.2. O contexto legal brasileiro	46
4.2.2.1. O Código Penal de 1940	46
4.2.2.2. A reforma da parte geral de 1984: o polêmico art. 29	49
4.2.2.3. Nossa posição	54
4.3. O princípio da acessoriedade	57
4.3.1. A acessoriedade e o modelo de concurso de pessoas	57
4.3.2. A dependência do grau de realização do <i>iter</i> criminis: acessoriedade quantitativa	59
4.3.3. A dependência dos elementos do fato punível: acessoriedade qualitativa	59
4.3.4. O tratamento dado à acessoriedade no direito brasileiro	61
4.3.5. Acessoriedade <i>versus</i> fundamento da punição da participação	63
4.4. A participação criminal no direito brasileiro: esclarecimento terminológico	64
4.5. Fundamento do injusto da participação: o limite mínimo da participação	68
4.5.1. A corrupção do autor como fundamento da punibilidade da participação: teorias	71
4.5.2. A fundamentação da pena do partícipe e sua contribuição a lesão do bem jurídico	75
4.5.2.1. Teoria da participação independente ou teoria pura da causação (“Die reine Verursachungstheorie”)	76
4.5.2.1.1. A posição de Lüderssen: a negação da acessoriedade	77
4.5.2.1.2. Outras versões da teoria pura da causação	80
4.5.2.1.3. Consequências práticas da compatibilidade da teoria pura da causação e o princípio da acessoriedade, entendido como pressuposto (e não como fundamento) da pena do partícipe.	83
4.5.2.2. Teoria da causação orientada à acessoriedade ou teoria da participação no injusto ou teoria da causação ou do favorecimento	86

4.5.2.2.1. A dependência absoluta do injusto do partícipe em relação ao injusto do autor.....	87
4.5.2.2.2. Teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido	88
4.5.2.3. Tendências modernas.....	92
4.5.2.3.1. Solidarização com o injusto alheio.....	92
4.5.2.3.2. Teoria da participação no injusto referida ao resultado.....	95
4.6. Teorias de autores nacionais que explicam a problemática das ações neutras sem, necessariamente, se posicionarem sobre o fundamento do injusto da participação ...	100
4.7. A participação criminal e a imputação objetiva	102
4.7.1. A causalidade da contribuição delitiva do partícipe	102
4.7.2. A imputação objetiva do partícipe	103
4.8. A missão do direito penal e o direito penal como um sistema aberto	104
5. DO DEVER DE SOLIDARIEDADE	107
5.1. As ciências sociais como sistema necessário de análise	107
5.2. A expansão do direito penal frente às transformações sociais: aspectos críticos.....	109
5.3. O dever de solidariedade e a expansão do direito penal.....	111
5.4. O conceito de solidariedade de E. Durkheim e o direito penal.	113
5.4.1. Os “fatos sociais”	114
5.4.2. A divisão de trabalho	116
5.4.3. Conceito objetivo de solidariedade e o direito (penal)	117
5.4.4. A solidariedade (objetiva) mecânica e o direito penal.....	118
5.4.5. A solidariedade (objetiva) orgânica.....	120
5.5. A. Giddens e a nova modernidade	122
5.6. A solidariedade social	128
5.7. “Sistema peritos”.....	129
5.8. <i>Cultura do controle</i> : a contribuição de D. Garland para o debate atual do direito penal.	130
5.9. A finalidade da pena para Garland.	131
5.10. Dever de solidariedade e ações neutras	135
6. CONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTO DO INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO EM SEU LIMITE MÍNIMO: A TESE	142
6.1. Pressupostos teóricos	142
6.2. Tipicidade substancial, a imputação das ações neutras e o dever de solidariedade.....	144
6.3. Possíveis críticas ao nosso posicionamento	152
a) <i>posicionamento ad hoc</i>	152
b) <i>a aplicação de uma norma de extensão construída para crimes omissivos (art. 13§ 2º, CP) também para crimes comissivos</i>	152
c) <i>Todo interveniente “neutro” no fato do autor converte-se em garante de sua evitação?</i>	154
7. A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	155
7.1. Considerações iniciais	155
7.2. Escolas penais e a distinção entre ação e omissão: observações críticas	157
7.2.1. Causalismo.....	157
7.2.2. Neokantismo	159
7.2.3. Finalismo	159
7.3. O pensamento de Armin Kaufmann.....	160
7.3.1. Críticas ao pensamento de Armin Kaufmann	162
7.3.2. Outras propostas de diferenciação a partir do pensamento de Armin Kaufmann.....	163
7.4. Conclusões preliminares	168
7.5. Aproximação conceitual: delitos de omissão imprópria	168

7.6. A posição de garante: as teorias do dever jurídico e das posições de garantia	171
7.6.1. Teorias do dever jurídico: o dever de garantia.....	171
7.6.2. Crítica à positivação de todas as fontes de garantia.....	175
7.6.3. Garantidor em razão de lei e do contrato	176
7.6.4. De outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado	180
7.6.5. Garantidor em função do comportamento anterior	182
7.6.6. Ingerência em Günther Jakobs	182
7.6.7. Tomada de postura.....	184
7.7. A questão da participação por omissão	188
7.7.1. O problema da infração do dever para justificar a intervenção punível	188
7.7.2. Da possibilidade de participação por omissão	190
7.7.3. A participação por omissão segundo a teoria do domínio do fato	191
7.7.4. A participação por omissão segundo a teoria diferenciadora	192
7.7.5. Requisitos para a participação por omissão	195
7.7.6. Ações neutras e participação por omissão	200
8. SOLUÇÃO DOS CASOS	203
8.1. Julgados 1 e 2.....	203
8.1.1. Do contexto legal da criminalização da advocacia	204
8.1.2. Crime de lavagem de dinheiro	205
8.1.3. Responsabilidade Penal do Advogado e o Crime de Lavagem de Dinheiro	208
8.1.4. Responsabilidade Penal do Advogado Parecerista	215
8.1.5. Posicionamento.....	217
8.2. Julgado 3.	218
8.3. Julgado 4.	219
8.4. Julgado 5.	219
8.5. Julgado 6.	220
8.6. Julgado 7 e 8.....	220
8.7. Julgado 9.	224
8.8. Julgado 10.	224
8.10. Julgado 11.....	224
8.11. Outras hipóteses.....	225
8.11.1. O contador	225
8.12.1. Criminal <i>compliance</i>	226
8.12.1.1. Esclarecimentos terminológicos	226
8.12.1.2. <i>Compliance</i> e outros cargos corporativos	227
8.12.1.3. A exigência ética no âmbito corporativo	228
8.12.1.4. Arcabouço legal das regras éticas dos programas de <i>compliance</i>	229
8.12.1.5. <i>Compliance</i> e direito penal	230
9. CONCLUSÕES.....	232
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	236

1. CONSTELAÇÃO DE CASOS

Diversos são os exemplos de contribuição ao delito apresentados pela doutrina como paradigmas da dita ação neutra (cotidiana ou laboral). Em todos os estudos sobre o tema, proliferam exemplos doutrinários que pretendem ilustrar o caráter social ou profissionalmente adequado dessas contribuições ao delito perpetrado (como autor) por outrem.

De outra banda, não é apenas a doutrina que lida com o tema. A jurisprudência estrangeira, primordialmente a alemã, também tem enfrentado a questão em julgamentos, aos quais não raro oferece soluções com base nos critérios de imputação – ou de exclusão da imputação – preconizados pelas diversas teorias das ações neutras.

Especialmente de relevo para o presente trabalho são os julgados brasileiros que, apesar de expressamente não utilizarem teorias específicas sobre a participação nas ações neutras, tratam do problema, que está no contexto da participação delitiva cada um a sua maneira, ou, como preferem alguns, com soluções *ad hoc*.

Exemplos desses casos jurisprudenciais, alguns emblemáticos, são encontrados a seguir e servem como hipóteses sobre a relevância e amplitude do problema que se pretende enfrentar.

Nessa seleção optou-se por indicar casos relacionados a crimes que ofendem bens jurídicos individuais ou coletivos, previstos no Código Penal ou leis especiais brasileiras. Optou-se, também, por indicar casos da jurisprudência espanhola, pela sua acessibilidade.

Ao final da tese, apresentaremos nossa solução a todos eles.

Por fim, os casos aventados pela doutrina serão referidos indiretamente, a título exemplificativo, nem sempre nos posicionando a respeito, quando tratarmos das teorias dos diversos autores que enfrentaram o problema.

1.1. Casos da jurisprudência brasileira

Julgado 1 : C.S.L.S., Procuradora do Município de Santo André – SP, foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/90 (fraude em licitação), por ter, no exercício de sua função, emitido pareceres opinando pela legalidade de aditamentos contratuais celebrados entre a empresa X e a Prefeitura de Santo André, os quais foram, posteriormente, considerados como ilegais pelo Ministério Público. Recebida a denúncia pela 2ª Vara Criminal de Santo André, a defesa de C.S.L.S. impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, postulando o trancamento da ação penal por falta de justa causa, tendo em vista a atipicidade da conduta, por se tratar de advogada no exercício de função opinativa, e por não estar o Estado vinculado a opinião emitida pelo parecerista. A ordem, contudo, foi denegada; o que impulsionou a defesa da denunciada a ingressar com o remédio constitucional perante o Superior Tribunal de Justiça, pelos mesmos argumentos.¹

Julgado 2: M.B., C F. e O. R., advogados, prestam assistência tributária – que consiste na elaboração de defesas e pareceres jurídicos, bem como na formulação de planejamento tributário – para a empresa X, de propriedade de J.P. e A.S., os quais foram denunciados como incurso nas penas do art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90. Em aditamento à denúncia, M.B., C F. e O. R. também foram denunciados pelos mesmos crimes, na forma prevista pelo art. 11 da mesma Lei, por entender que os advogados participaram da consumação dos delitos na medida em que, através de seu serviço de consultoria fiscal, aconselharam os donos da empresa a adotar práticas que sabiam ser ilícitas, com vistas a assegurar a redução ou supressão de impostos.²

¹ STJ, HC n. 78.553-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, data de julgamento: 09/10/2007, DJ 29/10/2007.

² Julgado trazido à colação por Maria Elizabeth Queijo na obra “*Responsabilidade penal do advogado parecerista em matéria tributária*”. In: Coord. Davi de Paiva Costa Tangerino e Denise Nunes Garcia (coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 274 e também utilizado por Matias Illg. “Planejamento tributário: estamos diante de uma conduta neutra?” In: Alberto Silva Franco e Rafael Lira (coord.). *Direito penal econômico – questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 277-297.

Julgado 3: R.A., funcionária do Banco X, prestava assessoria financeira a C.P., correntista daquele banco e funcionário público. Ocorre que C.P., durante o exercício da função pública, recebeu vantagens ilícitas decorrentes de desvio de recursos públicos, e fez depósitos em bancos estrangeiros sem os declarar ao Banco Central do Brasil (Bacen) ou à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF). Por tais condutas, C.P. foi denunciado pelos crimes previstos no art. 317, 1º, c/c o art. 327, 2º, ambos do Código Penal; art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86; art. 1º, V e VII, art. 1º, II, c/c art. 1º, 4º, da Lei n. 9.613/98; e art. 288, do Código Penal. Por ter auxiliado C.P. na lavagem de ativos e na manutenção de depósitos no exterior de maneira irregular, R.A. também foi denunciada como incurso nos crimes previstos no art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86; no art. 1º, V e VII, c/c art. 1º, 4º, da Lei n. 9.613/98; art. 1º, 2º, II, da Lei n. 9.613/98; e art. 288 do Código Penal. C.P. veio a falecer antes da prolação da sentença.

Julgado 4: A empresa X utilizou os serviços da empresa Y para comercializar os títulos de capitalização por ela emitidos. No entanto, enquanto a empresa X possuía a devida autorização para funcionar como sociedade de capitalização, o mesmo não ocorria com a empresa Y. Por outro lado, a venda de tais títulos, na modalidade “compra programada”, foi marcada por diversas irregularidades e acabou por lesionar inúmeros adquirentes – as quais jamais receberam de volta os valores investidos. Em decorrência de tais fatos, E.D.F. e R.F.S.S. – representantes legais da empresa X – foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 5º, *caput* e parágrafo único, 7º, 8º e 16, todos da Lei n. 7.492/1986.³

Julgado 5: Os sócios da empresa X, especializada na importação e comércio de artigos de luxo, foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 288, 299 e 334 do Código Penal, c/c o artigo 1º da Lei 9.034/95, c/c o artigo 2º, *a*, da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado, c/c o arts. 21, parágrafo único, e 22, parágrafo único, “primeira figura”, da Lei n. 7.492/86, todos estes c/c os artigos 29 e 69, do Código Penal por ter, em conjunto, e por várias vezes, falsificado a documentação que instruía a Declaração de Importação de diversos bens; bem como simulado a interposição de “importadores” e “exportadores” fraudulentos entre os reais contratantes (fornecedor e

³ Autos n. 2004.61.81.000329-1, 6ª Vara Federal de São Paulo – SP.

adquirente destes bens), com o fim de ocultar a identidade deste último perante os sistemas de dados da Receita Federal e do Banco Central do Brasil relativos ao comércio exterior e câmbio, visando ao subfaturamento de inúmeras operações. M.B., funcionária da empresa X, era encarregada de funções administrativas de pouca complexidade, e seu poder decisório era bastante limitado. No entanto, era responsável pela tradução, para o idioma pátrio, dos pedidos de fornecedores estrangeiros que seus chefes traziam consigo após realizarem viagens ao exterior; e tinha conhecimento de que o esquema que ajudava a alimentar era fraudulento. Por isso, foi denunciada pelo cometimento dos mesmos crimes que os demais sócios da empresa⁴.

Julgado 6: A.A.C., motorista de táxi da cidade de Palmital, conduziu X e Y até determinados endereços, onde estes praticaram assaltos. Após, transportou-os de volta e recebeu pela corrida feita; sem, no entanto, ter ciência das atividades delituosas de seus passageiros. Em primeira instância, foi condenado como coautor dos crimes praticados por X e Y. Inconformado, apelou.⁵

Julgado 7: O.J.V., proprietário de uma madeireira da cidade de Prudentópolis, emprestou trator e moto-serra para P.M.M. para que este cortasse árvores da espécie *Araucária angustifolia*, considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. Em troca do empréstimo, recebeu metade da quantidade de madeira cortada.⁶

⁴ Autos n. 0009015-40.2009.403.6181, em trâmite perante a 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo – SP.

⁵ A decisão também foi utilizada por Luís Greco. *Cumplicidade através de ações neutras – a imputação objetiva da participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Segue ementa do acórdão citado: “CO-AUTORIA – Falta de participação consciente e voluntária do acusado no crime – Mera condução do co-réu em que aquele se verificou – Absolvição – Inteligência do art. 25 do CP. Não basta para configurar a co-autoria o simples auxílio material, sendo necessário demonstrar-se um acordo de vontade, no sentido de uma participação ciente e consciente na obtenção do resultado visado pela prática do ato ilícito”. (TACr. Apelação n. 235.631, Rel. Des. Camargo Sampaio, data de julgamento 23.12.1980, JTACrSP LEX 70, p. 199-200).

⁶ “CRIME AMBIENTAL – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 45 DA LEI 9.605/98 – CORTAR OU TRANSFORMAR EM CARVÃO MADEIRA DE LEI, EM DESACORDO COM AS DETERMINAÇÕES LEGAIS – APELAÇÃO QUE COLIMA COM ABSOLVIÇÃO, A PRETEXTO DE INEXISTIR PROVA DE ENVOLVIMENTO DO APELANTE NO ILÍCITO – IMPROCEDÊNCIA DO ARGUMENTO EM FACE DA CONDENAÇÃO ESTAR ANCORADA EM CONVINCENTE PROCA, MATERIAL E TESTEMUNHAL, ALÉM DE RESULTAR DE EXPRESSA CONFISSÃO. SENTENÇA ESCORREITA – ALEGAÇÃO DE QUE TERIA SIDO A EMPRESA A FORNECER O EQUIPAMENTO DELA NÃO PARTICIPANDO O ACUSADO – NÃO COMPROVAÇÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO JUNTADO O CONTRATO SOCIAL DA FIRMA – AUTOAÇÃO FEITA NA PESSOA DO RÉU – DESPROVIMENTO RECURSAL.” (TJ/PR, Apelação n. 296129-5, Rel. Des. João Domingos Küster Puppi, data de publicação 26/01/2007).

Julgado 8: Indivíduos não identificados cortaram quatro árvores em bosque protegido pela legislação ambiental, dentro de um condomínio de casas de campo. A.A.F., Presidente do Conselho de Administração do condomínio, foi processado criminalmente e condenado pelas condutas tipificadas nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.605/98⁷.

Julgado 9: E., esposa de A., era frequentemente agredida fisicamente por seu marido. Relatou este fato a seu irmão B. e seu primo C., os quais decidiram procurar vingança. Certa noite, quando A. já estava dormindo, B. e C. foram à casa de E., armados com facas, e bateram à porta. E., ao verificar que seu marido já estava dormindo, abriu a porta para seu irmão e primo, e lhes franqueou a entrada. Estes, então, amarraram A. e o carregaram até um terreno baldio, onde o violentaram com facadas e o jogaram em um poço, no qual veio a falecer. B., C. e E. foram pronunciados e levados a júri popular, pelo cometimento do homicídio duplamente qualificado. O júri de E., no entanto, não se realizou, devido a um *habeas corpus* impetrado em seu favor, que acabou por anular sua sentença de pronúncia por falta de fundamentação⁸.

1.2. Casos da jurisprudência espanhola:

Julgado 10: Membros do grupo terrorista espanhol ETA sequestraram o empresário J.C. e o mantiveram em cativeiro por quase um ano. Durante este período, um dos membros do grupo responsável pela manutenção do cativeiro, F., levava as roupas do sequestrado para que sua esposa, T. – a qual estava ciente das atividades ilícitas de seu

⁷ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ALEGAÇÃO DE INÁPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Os tipos penais que descrevem as condutas tidas como ilícitas – destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente e cortar árvores em florestas consideradas de preservação permanente (arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98) – não impõem a aplicação da sanção penal apenas àquele que fisicamente executou a atividade criminosa; aquele que, na qualidade de partícipe, presta suporte moral ou material ao agente, concorrendo, de qualquer forma, para a realização do ilícito penal, por óbvio, também deve ser responsabilizado, nos termos do art. 29 do CPB e do art. 2º da Lei 9.605/98.

2. A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez.

3. Ordem denegada.”

(STJ, HC 92822/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data de julgamento 17 de junho de 2008).

⁸ Autos n. 827/92, em trâmite no Terceiro Tribunal do Júri de São Paulo – SP.

marido – as lavasse. Ao final do sequestro, os sequestradores utilizaram o carro de T. para levar J.C. até o local combinado para sua libertação. T. foi processada e condenada como cúmplice do delito de cárcere privado e, inconformada com a sentença, apelou ao Tribunal Supremo espanhol⁹.

Julgado 11: F.J.V.S., jornalista, escreveu e publicou, em um periódico espanhol, uma matéria na qual fornecia dados pessoais – inclusive fotografias – de indivíduos que, segundo ele, estavam envolvidos em atividades terroristas de caráter ultradireitista, que tinham por finalidade principal combater o grupo organizado rival, conhecido como ETA. Após a referida publicação, duas das pessoas nela citadas foram assassinadas; tendo sido o jornalista processado por participação em tais assassinatos.¹⁰

⁹ *N. de recurso: 773/2004 – N. de resolución: 185/2005 – Tribunal Supremo*

¹⁰ *Recurso de amparo n. 107/1983 – Tribunal Constitucional Espanhol*

2. INTRODUÇÃO

“Que razões de ordem especulativa e prática poderão justificar a feitura de um trabalho sobre “a co-delinquência no moderno direito penal brasileiro”? Não estará, acaso, o problema da participação criminosa suficientemente esclarecido pelos juristas, tantas são as controvérsias que suscitou, as doutrinas que fez nascer, tão rica e variada é a literatura especializada a que deu origem? Será ainda oportuna e, principalmente, apresentará alguma utilidade uma tese versando matéria tão ventilada, debatida, praticamente esgotada?”¹¹

2.1. Abordagem do tema: justificativa para a escolha e importância do tema.

O tema “Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito brasileiro” foi escolhido pela sua relevância ao estudo do tema concurso de pessoas.

Com ele se pretende estudar os limites e fundamentos da participação criminal por meio de casos especiais, as ações neutras, cuja característica principal (ainda a definir) reside no fato de se tratar de ações cotidianas que de alguma forma acabam favorecendo a prática de um crime. Nesses casos surge a necessidade de se esclarecer se tais condutas podem ser punidas a título de participação ou não. Não obstante, a própria qualidade de uma ação neutra também será um problema a ser enfrentado.

Ao que consta, as ações neutras no âmbito da participação delitiva têm sido um dos temas mais intensamente discutidos na doutrina jurídico-penal nos últimos dez anos, principalmente na Alemanha, não sendo objeto de maiores estudos na doutrina penal brasileira.¹² A grande maioria dos penalistas alemães atuais tem se posicionado a

¹¹ São questões levantadas em 1947 por Esther de Figueiredo Ferraz na introdução da sua obra para, na sequência, responder todas as perguntas de modo a justificar a importância do estudo do tema, que teve o título *A co-delinquência no moderno direito penal brasileiro*. São Paulo: Dissertação para concurso à licenciatura de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1947, p. 5.

¹² Exceção feita ao livro *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, de Luís Greco (Rio de Janeiro: Renovar, 2004), que também noticia, em prefácio da citada obra, linhas de Miguel Reale Jr. sobre o tema, em seu livro *Instituições de direito penal* (p. 322-323), e um artigo de Flávio Cardoso Pereira (“As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 16, out. nov. de 2002, p. 37-41, out./nov. 2002). Recentemente foi publicado um livro específico, fruto de mestrado, por José Danilo Tavares Lobato enfrentando a temática (*Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009).

respeito.¹³ É também identificada como o tema da moda na discussão da participação delitiva.¹⁴

Não que o tema seja novo, não é. Na verdade, o debate foi reacendido diante do chamado direito penal econômico em que se passou a questionar a punição de agentes participantes da atividade empresarial, cuja característica nos dias de hoje é a complexidade da divisão funcional do trabalho.

O problema das ações neutras e sua possível punição quanto formas de cumplicidade serão estudados no seu aspecto doutrinário em duas etapas: primeiramente analisando as teorias apontadas pela doutrina que, de algum modo, tradicionalmente apresentavam sua solução e, depois, as teorias modernas que tem cuidado especificamente sobre o tema.

Como o ponto nuclear de qualquer debate a respeito dos limites da participação – máximos e mínimos, incluindo nesses últimos o problema das ações neutras – é o estudo do seu fundamento de punição, dedicaremos um capítulo específico a respeito.

Assim, quando determinado autor além de defender sua teoria moderna sobre as ações neutras, também se posicionar sobre o fundamento da participação, os dois assuntos serão tratados conjuntamente, já que o primeiro é corolário do segundo. Os demais casos, as teorias serão tratadas em um tópico próprio e separado.

De qualquer forma, o referido estudo teórico desenvolvido servirá de pano de fundo para se demonstrar que as soluções estão longe de serem uniformes, muitas vezes apresentando fórmulas esquemáticas *ad hoc* para resolver somente a questão das ações neutras e, algumas vezes, casos concretos de ações neutras, e não da imputação da participação, da qual ela se insere.

Também foram feitos comentários por Paulo Queiroz em seu *Direito penal: parte geral*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 256-257, e por Renato Jorge da Silveira, em sua tese a concurso de Professor Titular da Fadusp, publicada como *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 345-352, além de esparsos artigos específicos sobre a incriminação do exercício da advocacia pela lavagem de dinheiro e por crime tributário.

¹³ Conforme afirma Ricardo Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 15.

¹⁴ Por autores como Claus Roxin, Wolfgang Frisch etc., conforme lembra José Antonio Caro John. *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista*. Lima: Ara, 2010, p. 190, nota de rodapé 3.

Segundo alguns autores, tal postura acaba atingindo a uniformidade do sistema do direito penal. Para nós, a solução será específica sem, contudo, estar desassociada do fundamento do injusto da participação.

Ligada diretamente ao problema está a questão do concurso de pessoas, previsto, na legislação brasileira, no art. 29 do Código Penal brasileiro. Necessário se faz, dessa forma, realizar uma releitura das diversas formas de participação, inclusive com opção terminológica, dada a discrepância em que é tratada pela doutrina.

A tipicidade será estudada como o fundamento teórico no qual se buscará a afirmação de critérios jurídicos penais propostos para resolver o problema de cumplicidade. Em outras palavras, numa tentativa de solucionar o problema, deverá ser investigado de quais pressupostos de que se deve partir para deixar de declarar típicas (ou antijurídicas; ou culpáveis) aquelas ações não manifestamente puníveis.¹⁵

Nesse sentido, partirá o trabalho da aplicação da teoria da imputação objetiva aos casos de participação criminal.

Questão de complexidade, antecedente a qualquer proposta, porém, é saber o fundamento ou a razão que justifica excluir a punição dessas ações que, a sua maneira, contribuem para o resultado criminoso. É o conteúdo do injusto punível. Nesse sentido, acompanhando as modernas tendências do direito penal em considerá-lo um sistema aberto, suscetível a influências de outras ciências, buscaremos na sociologia, no pensamento formulado por Émile Durkheim sobre o dever de solidariedade, o substrato teórico para solução encontrada.

Fornecer uma solução ao fenômeno da imputação das ações neutras na participação criminal é, em outras palavras, assumir um instrumento teórico sistemático capaz de fixar os limites da punição da participação criminal.

Assim, o presente trabalho terá por principal objetivo apresentar uma solução sistemática para enfrentar a questão das ações neutras no âmbito da participação, apontando um critério sistemático previsto no próprio Código Penal brasileiro, considerando-a como um problema de imputação, a partir de um fundamento sociológico.

¹⁵ V. Luís Greco, *Op. Cit.*, p. 113-114.

2.2. Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira

O objetivo da presente tese é analisar, de forma inédita na literatura jurídica brasileira, a temática das condutas neutras no âmbito da participação criminal à luz da tensão entre os deveres especiais de garantia extrapenais, inferidos da omissão penalmente relevante (art. 13, §2º, Código Penal brasileiro), e o dever genérico de solidariedade.

Igualmente de forma inovadora, buscar-se-á um fundamento sociológico do dever de solidariedade em Émile Durkheim para se identificar a legitimidade da punição ou não no âmbito da participação no direito brasileiro.

A contribuição será, portanto, a apresentação de um novo critério limitador da participação, de fundamento sistemático, com base nas ciências sociais.

3. AS CONDUTAS NEUTRAS OU LABORAIS

“Parece, à primeira vista, que o melhor caminho é o da definição precisa – até porque uma das críticas que mais comumente se formulam a qualquer construção é o fato de ser vaga, de modo que vaguez, imprecisão, nunca podem ser tidas como virtudes, máxime em direito penal, onde a segurança jurídica é de tamanha importância. Uma análise mais detida, porém, fará com que hesitemos, mostrará que a situação não é simples assim. Porque se por um lado é verdade que, em princípio, a precisão é melhor do que a vaguez, tal nem sempre precisa ser o caso. Tudo depende de qual a função da definição no sistema da teoria.”¹⁶

3.1. Colocação do problema

A maior interação e divisão de tarefas entre os cidadãos no desempenho de suas atividades cotidianas acabam por permitir que ações lícitas e juridicamente orientadas passem a integrar o desenvolvimento do delito, com ou sem o conhecimento daquele que desempenha a atividade.

Para estes casos de intervenção que, ainda que, embora indiretamente, acabam favorecendo o cometimento de crimes, não há uma solução doutrinária formada. As teorias tradicionais de participação e autoria, como será visto a seguir, não são suficientemente explicativas para lidar com este tipo de participação mais sutil, em que não há o envolvimento direto do interveniente no planejamento ou execução do delito. Isto porque o contexto histórico e social em que foram formuladas diverge, em muito, daquele em que se aplica o direito penal contemporâneo.

Fez-se necessário, assim, que a doutrina passasse a reavaliar os critérios de imputação de responsabilidade de todos aqueles que intervêm no curso de delito, os fundamentos da punição do partícipe, e a delimitar com critérios mais precisos a possibilidade de punição daquelas condutas cotidianas que, por facilitarem ou contribuírem indiretamente para a execução do crime, sejam ou não merecedoras de pena.

¹⁶Luís Greco. *Cumplicidade através das ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 108.

É neste contexto que surgem as primeiras discussões acerca das condutas neutras. Trata-se ainda de uma teoria embrionária,¹⁷ que aporta contribuições especialmente de estudiosos alemães e espanhóis.

As condutas neutras podem ser identificadas como aquele grupo de casos em que ocorre uma ação “en sí no equívocamente delictiva, que acaba favoreciendo conscientemente un delito, mediante aportaciones social o profesionalmente adecuadas, estándar, o en fin, conforme al desempeño de actividades o negocios normales de la vida cotidiana”.¹⁸ Trata-se de condutas de *eventual culplicidade no delito*.

O objetivo do estudo de tais ações mostra-se relevante para a delimitação das condutas de intervenção, com vistas a fornecer parâmetros garantistas e legais para orientação do tratamento destas ações, especialmente pela jurisprudência, que ainda não conta com um arcabouço teórico desenvolvido sobre o tema.

As condutas neutras de culplicidade são observadas especialmente na realização de atividades profissionais cotidianas, por isso “se trata al parecer de un problema principalmente de delimitación de algunos *supuestos límites* que por desarrollarse como contribuciones en el marco de la *actividad laboral, cotidiana, habitual*, suscitan dudas sobre su calificación en el caso concreto como cooperación punible”.¹⁹

A discussão sobre as condutas neutras torna-se ainda mais importante nos dias atuais, em virtude dos crimes econômicos, pois como indicado no grupo de casos,²⁰ estas são as atividades laborais em que se exige intenso dever de cuidado, chegando a doutrina a mencionar inclusive a possibilidade de punição dos agentes financeiros (bancários, fiscais, funcionários do mercado de capitais etc.) por omissão deste dever especial de cautela.

¹⁷ Como afirma Landa Gorostiza, “nos encontramos, en términos dramáticos, en el ojo del huracán y en un estadio de confusión e inflación de contribuciones doctrinales con alusión a problemas tan diversos y de tanto calado (alcance, criterios y función de la imputación objetiva; conveniencia de ampliar las posiciones de garantía; concepción del dolo y su relación con el aspecto subjetivo, relación entre las conductas de complicidad y los delitos de peligro abstracto, teorías de la participación, límites y fundamentos de la accesoriedad” (*La complicidad delictiva en la actividad laboral ‘cotidiana’: contribución al ‘límite mínimo’ de la participación frente a los ‘actos neutros’*. Granada: Comares, 2002, p. 4).

¹⁸ Ricardo Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 15.

¹⁹ Jon-Mirena Lana Gorostiza. *Op. Cit.*, p. 56.

²⁰ Conforme capítulo anterior.

Esta possibilidade de imputação de pena, como veremos, mostra-se altamente problemática diante da falta de delimitação dos limites da punibilidade nestes casos de ações cotidianas: “la irrupción en la moderna dogmática de la criminalidad económica ha comportado que, en muchos casos, las reglas de imputación construidas sobre la base de los delitos contra la vida condujeran a castigar conductas de dudoso merecimiento de pena”.²¹

Dentro da seara dos crimes econômicos, as ações cotidianas que podem gerar responsabilidade pelo crime podem ser resultado de dois tipos de interação laboral: interação vertical e horizontal.²² Na primeira (interação vertical), a responsabilidade pode decorrer da organização hierárquica das competências, repartição de funções (em empresas, na administração pública, ou em uma organização criminosa).

Os principais problemas relacionados à intervenção no delito, nesta forma de interação profissional, decorrem de irregularidades na delegação de funções, tomada de decisões que favoreçam um delito, ou da não evitação de resultados pelos subordinados. Estes configuram os casos mais frequentes de responsabilidade do agente por comissão por omissão, como indicamos acima, ou também pela consideração de autoria mediata.

Conforme indica Robles Planas: “Es en el terreno de la interacción vertical donde con mayor frecuencia tienen lugar los casos de intervención actuando en el marco de las competencias atribuidas a un individuo (conductas neutras o profesionalmente adecuadas). [...] La cuestión se plantea con especial intensidad en los casos en que el sujeto se comporta de acuerdo a su ámbito de competencia en el seno de la estructura organizada y llega a conocer – de forma completamente ajena a esa competencia (p.e., casualmente) – las intenciones delictivas de terceros”.²³

No segundo grupo, as intervenções no delito podem ser originadas em relações de interação horizontal, quando a associação de sujeitos se dá no mesmo nível hierárquico, dentro da esfera de divisão do trabalho. Muitos desses casos são imputados, hoje, como delitos imprudentes, em caso de desdobramento da ação em ilícito penal.

Sob outra perspectiva, como abordaremos no capítulo 5, o que passou por transformação é algo muito mais amplo e fundamental do que as relações laborais. É a própria organização contemporânea da sociedade que coloca em evidência a problemática

²¹ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 16.

²² *Idem, Ibidem*, pp. 27 e ss.

²³ *Idem, Ibidem*, p. 27.

das ações neutras (predomínio da solidariedade orgânica como o previsto por Durkheim e centralidade dos “sistemas peritos” como apreendido por Giddens).

Análise dessas hipóteses e utilização de um instrumento de imputação é o que se pretende com o presente trabalho, não sem antes identificar exatamente o que significa ação neutra.

3.2. Conceito de conduta neutra

A definição prévia do objeto de estudo – apesar das dificuldades de abstração e simplificação – se faz necessária para a compreensão da teoria que se apresenta, e que será problematizada ao longo desta pesquisa.

A coletânea de casos apresentados no início também tem como meta a melhor abordagem das ações neutras, mediante a aceitação de que se trata de um problema empírico, independente da elaboração doutrinária que se pretenda construir. O objetivo desta definição é, portanto, buscar um denominador comum a permear todas as atividades cotidianas que possam integrar o delito.²⁴

Por meio de alguns conceitos, já elaborados pela doutrina, pode-se aos poucos assentar as bases para a indicação deste mínimo comum característico às intervenções no delito, através das condutas neutras, ou atividades cotidianas.²⁵ Hassemer, por exemplo, denomina neutras as condutas “que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen *ninguna tendencia objetiva hacia el injusto*, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales – especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda”.²⁶

Wohlleben, por sua vez, define ações neutras como aquelas que “quien las ejecuta las hubiera realizado frente a todo e que se hallara en la situación del autor, porque él, con su acción, *persigue fines propios jurídicamente no desaprobados* que son

²⁴ O problema da definição para Robles Planas é que “todo intento de definición de conductas neutrales debe relativizarse si de lo que se trata es únicamente de delimitar un grupo de casos sin que aquella definición prejuzgue la solución a la que deba llegarse. Por lo acertado es buscar el *mínimo común denominador* de este grupo de supuestos y analizar su relevancia penal” (*Idem, Ibidem*, p. 41).

²⁵ Autores nos quais a única obra seja na língua alemã, usaremos as referências indicadas na doutrina espanhola.

²⁶ *Apud* Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 33.

independientes del hecho del autor”.²⁷ Wohlleben baseia a sua concepção de ações neutras na necessidade de conhecimentos especiais por parte do interveniente, conhecimentos estes relacionados à intenção delitiva do autor, ou ao menos quando o desdobramento de sua ação em um delito for altamente previsível.²⁸

Um conceito mais acabado para as ações neutras nos é fornecido por Robles Planas: “son *conductas en sí lícitas e intercambiables* (conforme a un estándar) realizadas por un primer sujeto *con el conocimiento de que un segundo sujeto (autor) les dará una aplicación delictiva*, de manera que revelan al mismo tiempo una *apariencia delictiva y no delictiva*. (...) Por un lado, externamente se presentan como inocuas e intercambiables, lo que fundamenta su ‘apariencia de legalidad’, pero, por otro lado, en la existencia del conocimiento de la posterior utilización delictiva también se argumenta su ‘apariencia de antijuridicidad’”.²⁹

É possível identificar a presença de alguns elementos em comum nas definições acima, de caráter objetivo, enquanto condutas realizadas de maneira adequada a um padrão, e subjetivo, pelo conhecimento por parte do agente neutro de que a sua ação pode direta ou indiretamente produzir um resultado lesivo.

Trata-se de condutas lícitas, realizadas conforme ao direito: a venda de um bem, a prestação de informações profissionais, auxílio na divisão do trabalho, pagamento de uma dívida etc. São normalmente condutas altamente reguladas, nas quais os indivíduos agem de acordo com um padrão ou estereótipo, e que não acarretam nenhuma infração jurídica.³⁰ Conforme indica Blanco Cordero, a estas ações “les falta un sentido delictivo indudable, puesto que quien las realiza no tiene como objetivo principal el favorecimiento de un delito ajeno, pese a que reconoce como efecto secundario de su acción – dirigida a sus propios intereses – que contribuye al hecho antijurídico del autor”³¹.

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ Isidoro Blanco Cordero. *Límites de la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2008, p. 93.

²⁹ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 38.

³⁰ “esta intercambialidad observa claramente en los ámbitos socioeconómicos en los que se producen habitualmente las conductas neutrales. Se trata siempre de transacciones, compra-ventas, prestaciones profesionales, obligaciones civiles o laborales, etc. (...)” *Idem, Ibidem*, p. 34.

³¹ *Op. Cit.*, p. 3.

Greco define as condutas neutras como “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais [...]. Contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”.³²

Para nós, conduta neutra pode ser entendida como uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que seja utilizada para a prática de infração penal alheia.

Outro traço característico das ações neutras é a sua ubiquidade: são ações que acontecem a qualquer hora, em qualquer lugar, praticadas por qualquer pessoa. O que diferencia uma ação neutra é o conhecimento, pelo agente, de que a sua ação cotidiana poderá levar a um resultado tido como crime. O que lhes confere aparência de antijuridicidade é o elemento subjetivo, como afirma Landa Gorostiza: “La frontera entre la contribución neutra y a complicidad punible exige, con otra palabras, una toma en consideración de todas las circunstancias del caso y un reajuste permanente de juicio de peligrosidad que no puede ser sustituido – aunque sí facilitado – por otros criterios a un nivel de abstracción superior.”³³

A doutrina tem focado o estudo das ações neutras no “campo de causação indireta de um resultado lesivo”, observando as condutas neutras de cumplicidade ou de participação, de pessoas que facilitam as condutas delitivas. Entretanto, seu estudo não pode dispensar a lembrança de que a ação neutra só contribuirá para um resultado lesivo quando o autor efetivamente der início ao delito, ou seja, será sempre dependente da destinação que o autor conferir à contribuição (por meio do fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços).

Assim, “la presencia de un segundo sujeto autorresponsable,³⁴ de cuya decisión, en última instancia, dependerá la realización del peligro. Tal circunstancia deberá ser tenida esencialmente en cuenta a la hora de decidir sobre la prohibición penal de la conducta del primer sujeto”.³⁵

O contexto atual de elevado grau de interação entre os sujeitos, conforme indicamos acima e explicaremos melhor no capítulo do dever de solidariedade, exige

³² Luís Greco. *Cumplicidade através das ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

³³ Gorostiza. *Op. cit.*, p. 45.

³⁴ A noção de autorresponsabilidade é cunhada por Schumman, conforme noticia Greco, e pode ser sucintamente descrita como: “a ideia e que cada qual é, em princípio, responsável por suas próprias ações, e não pelo que é feito pelos demais. Greco, *Op. Cit.*, p. 42.

³⁵ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 39.

nova compreensão das teorias de autoria e participação, pois a teoria da participação foi pensada tendo-se por base o autor individual, que realiza sozinho o núcleo do tipo, o que não se adapta mais à sociedade contemporânea.

Nos casos em que o interveniente conhece as intenções do autor do delito, e compactua com este, há suficiente discussão doutrinária a respeito do tema. Passamos a nos deparar com insuficiência hermenêutica. No entanto, como indica Robles Planas, a produção é mais escassa quando se trata de causação direta do resultado, como no caso de um funcionário que abre as comportas da indústria para lançar poluentes no rio. Este está realizando uma ação cotidiana (abrir as comportas da indústria), decorrente da divisão do trabalho dentro da empresa, mas a cada vez que o faz, está diretamente praticando um crime ambiental.³⁶

3.2.1. As ações neutras como um problema da participação criminal

Conforme indicado acima, no estudo dos grupos de casos de condutas neutras, há a possibilidade de se deparar com condutas diretamente causadoras do resultado (como o funcionário que abre as comportas), ou que indiretamente favoreçam o plano do autor.

Para o estudo destas ações, é relevante demarcar em que medida estas condutas constituiriam ou não uma participação no delito e, por conclusão, quais caracteres mínimos devem possuir para caracterizar a culpabilidade punível.

O Código Penal brasileiro prevê, em seu artigo 29, assim como os Códigos penais espanhol e alemão, possibilidades de participação muito amplas, que permitem responsabilizar de forma abrangente todos os que cooperam, direta ou indiretamente para a execução do delito, o que, em tese, inclui também as ações neutras. “No existen limitaciones ni en la forma, ni en los medios en que se debe prestarse la colaboración para ser típica”.³⁷

³⁶ Como afirma Robles Planas: “si las notas distintivas de toda conducta neutral son, por un lado, la configuración externa que obedece a un estándar de conducta (inocua e intercambiable) y, por otro, desde el lado interno, el conocimiento de su idoneidad para producir un delito, entonces no parece haber obstáculos para construir grupos de casos en los que exista una conducta neutral que directamente causa un resultado lesivo” (*Idem, Ibidem*, p. 40).

³⁷ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 43.

O citado artigo, da mesma forma, não estabelece limitação temporal para interromper-se o nexo da participação, e por estas razões, dada a amplitude da norma, a doutrina interpreta que esta tem de adotar intensidade tal que sem ela o delito não teria sido executado.³⁸

É justamente por esta amplitude interpretativa permitida pelo artigo em comento que a doutrina começou a buscar princípios ou critérios para fundamentar a não incriminação dos intervenientes (ainda que não o consiga fazer na totalidade dos casos), pois muitas vezes a sua punição pode se mostrar desarrazoada.³⁹

Não faltam críticas, no entanto, à formulação das ações neutras como limite para a punibilidade do interveniente. Parte da doutrina sustenta que a legislação não limita a participação por determinados meios, e tudo o que contribuir para a realização do delito pode ser considerado cumplicidade, a não ser que a ação não tenha absolutamente colocado em risco o bem jurídico. Nesse sentido, se uma conduta foi capaz de facilitar o cometimento do crime, então ela não seria neutra, mas configuraria uma lesão objetiva, ainda que acessória, ao bem jurídico. Esta é, por exemplo, a posição de Roxin, para quem:

“Ante todo no existen acciones cotidianas per se, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a que sirve. Así, por ejemplo, explicar o funcionamiento de una arma de fuego es una acción cotidiana neutral si ella le sigue la práctica de deporte en un club de tiro; por el contrario, es complicidad en el homicidio si con ello se ayuda al autor a hacer blanco en la víctima.”⁴⁰

Na posição de Robles Planas, não se trata de desenvolver critérios distintos de imputação para os casos de participação mediante condutas neutras, mas de precisamente estabelecer uma fronteira daquilo que é objetivamente imputável a título de participação, pois entende que “una eventual exclusión de la imputación no sólo tiene como

³⁸ Conforme indica Nilo Batista: “1 – deve-se prescindir da consideração do que teria ocorrido sem a colaboração em exame, 2 – toma-se como princípio orientador, e nada mais (face à insegurança do enunciado) que a colaboração deva ter especial importância, 3 – 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”. (*Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 187).

³⁹ Nesse sentido sugere Batista que se estabeleça, na sentença condenatória, a diferença dos diversos graus de participação (autoria direta, co-autoria, autoria mediata, instigação ou cumplicidade) e que se valore as penas com critérios atenuantes mais abrangentes. *Op. cit.*, p. 188-9.

⁴⁰ *Was ist Beihilfe?*, p. 515, *apud* Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 43.

fundamento el mero dato del contexto en el que se enmarca, sino la creación de un riesgo típicamente relevante”.⁴¹

3.2.2. O problema das ações neutras a título de autoria

A doutrina aponta que o problema das ações neutras também é de autoria de determinados crimes (causação direta do resultado), e não somente aos tipos de participação criminal (causação indireta do resultado),⁴² apesar da questão não se colocar com a mesma intensidade no primeiro caso.⁴³

Nos casos em que a relevância penal das ações neutras são analisados sob a perspectiva da participação criminal – onde a doutrina em regra tem limitado seu estudo – a problemática reside na investigação da responsabilidade do interveniente, geralmente sobre a base da realização de sua contribuição na fase prévia ao início da tentativa, que facilita a execução de um crime alheio mediante uma conduta “neutral”.⁴⁴

Assim, a responsabilidade da conduta cotidiana é avaliada desde o ponto de vista externo ou objetivo e interno ou subjetivo. Sob o aspecto objetivo, as condutas “neutras” são consideradas em si inócuas e intercambiáveis. Inócuas porque se executam seguindo um padrão ou estereótipo de negócios normais da vida cotidiana e, quando se trata de uma indireta causação do resultado, entre esta e a produção do resultado, se interpõe um segundo sujeito que transforma a contribuição até o crime, circunstância particular essencial destas hipóteses.⁴⁵ Sob o ponto de vista interno, é característica da conduta neutral o conhecimento do uso posterior delitivo que o terceiro fará da contribuição.⁴⁶

Por outro lado, como afirma Robles Planas, se a nota distintiva de toda conduta neutra é, por um lado, a configuração externa que obedece a um padrão de comportamento (inócuo e intercambiável) e, por outro, o conhecimento de sua idoneidade

⁴¹ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 45.

⁴² Isidoro Blanco Cordero. *Límites a la participación delictiva – Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001, p. 9.

⁴³ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 40.

⁴⁴ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 39.

⁴⁵ *Idem, Ibidem*.

⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 39-40.

para produzir o delito, “não parece haver obstáculos para construir grupos de casos em que exista uma conduta neutra que diretamente cause um resultado lesivo”.⁴⁷

Assim, por exemplo, é o caso do empregado de uma indústria, cuja missão é unicamente abrir e fechar as comportas que permitem o envio dos resíduos até o rio, sem ter que verificar a composição dos resíduos, tarefa de seu companheiro de produção. No entanto, se sabendo que os resíduos contém produtos tóxicos poluidores meio ambiente nos termos da legislação e, mesmo assim, abre as comportas como sempre faz, a aparência externa da licitude se une a aparência interna da antijuridicidade, tratando-se de uma conduta neutra de causação direta ao resultado.⁴⁸

3.3. Ações neutras na perspectiva criminológica:

A este ponto, faz-se relevante uma consideração de ordem criminológica. Isto porque, dada a abertura dos tipos de participação nos códigos penais, e a consequente possibilidade de imposição de pena por ações cotidianas fossem punidas, então encontraríamos na jurisprudência uma grande quantidade de casos, exemplificativo do desvalor das ações neutras. No entanto, não é o que se observa.

Apesar do grande número de transações comerciais de objetos que podem ser utilizados para cometer crimes, da prestação de serviços que pode contribuir para a ação delitiva, não são muitos os casos de taxistas condenados por levar o autor ao local do delito etc. Um argumento para a escassez destes casos poderia ser a dificuldade probatória, devido ao necessário elemento subjetivo.

Uma explicação interessante dada por Robles Planas para a pouca incidência de condenações por ações neutras é o próprio trâmite processual pelo qual passa o fato até que possa ser julgado, desde a comunicação do fato pela vítima, a investigação processual, oferecimento da denúncia, juntando-se a isso o fato de que muitas pessoas, por meio de ações neutras ou não, tomam contato com o autor no curso da realização do delito, de forma que, ao longo do processo investigatório, a relevância das participações vai sendo depurada, até que restem somente aquelas ações fundamentais para a realização do crime.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 40

⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 40.

Há um processo de seleção das ações que merecem a persecução penal. Para Robles Planas “las conductas neutrales, cotidianas o socialmente adecuadas son en su gran mayoría ‘filtradas’ antes de llegar al nivel judicial porque no contribuyen a la explicación social-comunicativa del hecho delictivo”⁴⁹

Por fim, é de considerar, também, que as condutas cotidianas não fazem parte da explicação habitual do delito, por isso a sua investigação muitas vezes não é necessária, já que todas as ações para a realização do tipo penal foram integralmente praticadas pelo autor, como veremos no estudo acerca da teoria da proibição do regresso.

3.4. Teorias clássicas

A problemática das ações neutras está presente há tempos na doutrina, ainda que não tenha sido trazida sob esta denominação.⁵⁰

Sendo assim, já foram tratadas pela doutrina tradicional do delito soluções para os casos de participação na forma das ações cotidianas, cada qual com pontos de vista e fundamentação distintos, mas com aplicações práticas próximas, visando construir critérios limitadores da incidência da norma penal.

a) Adequação social

A adequação social é apresentada como uma primeira solução lógica ou natural resolver o problema das ações neutras, por serem condutas integradas na vida comunitária,⁵¹ sendo muito utilizada neste contexto.⁵²

A idealização da teoria da adequação social é atribuída a Welzel pela primeira vez em 1939, sofrendo reformulações nas edições seguintes de seu Manual.⁵³ Na ideia

⁴⁹ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 48.

⁵⁰ Segundo Greco, a discussão tornou-se um dos temas centrais, significa dizer debatida de forma autônoma, somente na década de 90. Antes, era tratado mais ou menos *en passant*, no marco das teorias mais conhecidas (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 20)

⁵¹ Cf. Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 21 e José Danilo Tavares Lobato. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

⁵² Ricardo Robles Blancas. “Las “conductas neutrales” em direito penal. La discusión sobre los límites de la culpabilidad punible”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano: 2008, vol. 16, num. 70, p. 197.

original, propunha sua teoria a não incidência de tipicidade a certas condutas assim consideradas como aceitáveis dentro da perspectiva social-histórica desenvolvida por uma comunidade.⁵⁴ Do contrário, o comportamento constituiria um injusto penal.⁵⁵

Para desenvolver seu conceito, Welzel partiu de duas considerações fundamentais: por um lado criticou a concepção “naturalista-causal” da ação e do bem jurídico por partir de uma realidade própria das ciências naturais, sendo por esta razão inadequada para abarcar o objeto do direito penal; por outro lado, afirmou que os tipos penais são tipificações de comportamentos antijurídicos.⁵⁶ Assim, da sua crítica ao dogma causal, à ideia de lesão o bem jurídico e a absolutização do desvalor o resultado, Welzel conclui que não poderão ser típicas certas condutas que, apesar de causais para a destruição de um bem jurídico, realizam a verdadeira vocação deste, sua função na vida social.⁵⁷

Como alguns exemplos comumente citados por Welzel de casos de ações socialmente adequadas são bem próximos dos casos das ações neutras, como o da venda de bebida alcoólica a um motorista pelo taberneiro, houve quem, para resolver os casos destas últimas ações, utilizou-se dessa teoria.⁵⁸

⁵³ V., a respeito, entre outros: Maria Paula Bonifácio Ribeiro Faria. *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 31 e s.; e Silveira, lembrando que certo é que a teoria da adequação social traduz a noção geral de adequação, essa última de origem anterior e não necessariamente vinculada à ideia Welzeliana, se remontando à própria noção do problema causal em direito penal (Renato de Mello Jorge da Silveira. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 89).

⁵⁴ Cf. Maria Paula Bonifácio Ribeiro Faria. *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 31 e s. e Renato de Mello Jorge da Silveira. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 24 e s.

⁵⁵ Manuel Cancio Meliá. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Centro de Publicaciones, Tomo XLVI, fascículo II, maio/agosto de 1993, p. 697.

⁵⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 700.

⁵⁷ Na conclusão de Luís Greco. “Imputação objetiva: uma introdução”. In: Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar 2001, p. 31-32.

⁵⁸ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 22. Como lembra John, uma primeira repercussão da proposta de Welzel foi na jurisprudência, quando o Tribunal Federal Supremo mudou sua solução doutrinária jurisprudencial na solução dos casos de venda de álcool em restaurantes. Tradicionalmente, mantinha o entendimento de que o dono do restaurante que servisse bebida alcoólica a motorista causador de acidente também deveria ser condenado pelo evento. Assim decidiu ao condenar um dono de restaurante que vendeu bebida alcoólica a um caminhoneiro que, conduzindo seu veículo embriagado, causou a morte um pedestre e lesões a outro. Igualmente, condenou um dono de restaurante por homicídio e lesões culposas por não haver impedido um cantoneiro a condução de um veículo. Anos depois, experimentou a Corte uma mudança de posição ao absolver, em hipótese semelhante, o dono de restaurante por ter vendido álcool a três pessoas que depois de embriagadas, deixaram o estabelecimento e perderam a condução do veículo sofrendo lesões corporais culposas, sob o argumento de que “a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes pertencem de um modo geral as formas de atividades reconhecidas como socialmente cotidianas” (José Antonio Caro John. “La

É o caso de Rueda Martín, na Espanha, que apostou pelo uso deste critério, em sua “versão mais tipicamente welzeliana”,⁵⁹ para explicitamente resolver a questão de quando a prestação de uma ajuda em uma ação dolosa de um terceiro supõe uma forma de conduta tipicamente desaprovada.⁶⁰ Assim, segundo a autora, para determinar a adequação social de uma conduta com caráter geral ou em particular das ações cotidianas, leva-se em jogo uma séria de considerações, como a utilidade da conduta em virtude da qual se toleram esses comportamentos.⁶¹

Vários são os pontos negativos apontados pela doutrina para rechaçar a utilização da adequação social como teoria apta para resolver os casos de imputação das ações neutras. O primeiro surge como crítica a própria teoria da adequação social, em geral, e não particularmente no caso dela não ser apta ao aplicar-se as ações neutras. Acusa-se que o criador da teoria mudou várias vezes de posicionamento tanto no que se refere à “função do conceito de adequação social, como problema de tipo ou de antijuridicidade, como no que toca a seu conteúdo, enquanto verdadeira causa de exclusão (seja do tipo ou da antijuridicidade) ou como mero princípio de interpretação”, máximo *status* lhe concedido pela doutrina amplamente majoritária de hoje.⁶²

Nesse sentido, considera-se a teoria da adequação social imprecisa ou vaga, uma vez que não permite saber ao certo o que é socialmente adequado,⁶³ e nem o que

impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal”. *Nueva doctrina penal*, 2005, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 433-434).

⁵⁹ A qualificação da postura da citada autora é de Robles Planas (*Op. Cit.*, 94).

⁶⁰ María Ángeles Rueda Martín. Cumplicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. *Derecho penal contemporáneo – Revista Internacional*, Bogotá: Legis, abril-junho de 2003, p. 104.

⁶¹ *Idem, Ibidem*, p. 114. Na Alemanha Greco revela que, ainda recorrendo-se da teoria da adequação social, os autores como Philipowski ou Lohmar utilizam deste princípio para resolver o problema da contribuição prestada por funcionários de banco a delitos de sonegação fiscal (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 21-22). A principal crítica a postura de Rueda Martín, afora aquelas de ordem geral à própria teoria de adequação social que adiante serão mencionadas, é que acaba a autora utilizando-se do critério subjetivo para modificar o significado social das condutas (Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 96).

⁶² Tudo conforme Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 22; e Cezar Roberto Bitencourt. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 186.

⁶³ Na visão de Greco, “o erro fundamental desta teoria é não deixar claro se ela se trata de uma descrição ou de uma prescrição, noutras palavras, se ela deve ser compreendida em sentido sociológico-descriptivo (referindo-se àquilo que é *socialmente* adequado, àquilo que realmente se faz em determinada sociedade) ou em sentido ético-normativo (referindo-se àquilo que é socialmente *adequado*, àquilo que, em determinada sociedade, se considera correto fazer). A teoria não pode ser compreendida no primeiro sentido, porque senão se veria obrigada a declarar certas práticas habituais absolutamente inaceitáveis, como, p. ex., a tortura de presos por policiais, ou a execução de X-9s pelo crime organizado, algo permitido, atípico. Mas se a compreendermos em sentido normativo, então ela se torna vazia, porque será necessário um parâmetro para descobrir o que é tido por correto em determinada sociedade” (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 22-23).

constitua uma conduta tipicamente desaprovada, ou seja, sob quais condições pode-se afirmar que uma ação está dentro das valorações sociais positivas.⁶⁴

Outro motivo apontado para o abandono ou não utilização da adequação social como critério de imputação é que a doutrina já dispõe de teorias mais apropriadas e abrangentes para resolver outros problemas que não só aqueles que motivaram a teoria da adequação, segundo sustenta Greco, citando como teorias alternativas, em primeiro lugar, a imputação objetiva; e, sem segundo lugar, o princípio da insignificância.⁶⁵

Não obstante, digno de nota que a teoria da adequação social, em que pese suas vacilações e estar hoje reduzida, quando adotada, a um princípio geral de interpretação, certo é que a partir dela outras teorias foram desenvolvidas para aplicação nas ações neutras. É o caso da teoria da adequação profissional.

b) Princípio da insignificância

Considerado pela doutrina como máxima geral de interpretação, o princípio da insignificância afasta a tipicidade na media em que, apesar da conduta, sob o ponto de vista formal, apresentar adequação típica, não apresenta ela relevância material quando a ofensa ao bem jurídico, ou ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida⁶⁶.

Referido critério de interpretação tem sido rechaçado para resolver o problema das ações neutras por pelo menos dois motivos. Primeiro pela sua imprecisão, depois porque não pode ser aplicado para os casos em que, p.ex., em que a relevância do bem jurídico é nítida como no caso de conduta dolosa contra a vida⁶⁷.

c) Proibição de regresso

⁶⁴ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 95-96.

⁶⁵ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 23-24.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, p. 187-189.

⁶⁷ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 30-32.

A ideia tradicional da proibição do regresso indicava, em linhas gerais, que poderia haver uma conduta culpável anterior ao delito, seguida de uma ação dolosamente voltada para o resultado, executada de forma exauriente, de modo que restaria sem sentido a punição da conduta precedente, de muito menor relevância. De acordo com esta teoria tradicional da proibição do regresso, haveria uma conduta dolosa precedida de uma conduta culposa, que restaria impunível pelo fato de a nova ação dolosa provocar a interrupção do nexo causal, e o recomeço do delito.⁶⁸

Atualmente esta teoria foi reformulada por Jakobs, no âmbito da imputação objetiva, abandonando-se a ideia de interrupção do nexo causal. Assim, a proibição do regresso trata de “contribuciones dolosas o imprudentes al hecho de otro que objetivamente realizan el tipo penal, pero que tiene un carácter *inócuo y cotidiano*”.⁶⁹ Ou seja, algumas ações cotidianas, que podem ser consideradas inócuas, proporcionam o início de uma cadeia delitiva que será realizada pelo autor direto do delito, como o caso de um devedor que paga a sua dívida, e este dinheiro é usado pelo credor para cometer um crime.

A diferenciação entre uma conduta de pequeno potencial lesivo, “inócua”, e a intervenção punível no delito se dá, segundo Córdoba, “quando el comportamiento también es razonable sin la acción del ejecutor.”⁷⁰

A atuação deste terceiro interveniente pode se dar, então, de duas formas, segundo Jakobs: procedendo independentemente da vontade do autor, sem a consciência de que este incluirá sua ação na execução do delito, ou então agindo conjuntamente à ele (vendendo regularmente uma arma, ou pão que poderá ser envenenado), no desempenho habitual de suas funções, sem que haja auxílio proativo para o delito, ao fornecer uma informação ou um objeto. Isto pois, por se tratar de um serviço cotidiano, compreende-se que o autor poderia obtê-lo de qualquer outra pessoa, de forma que o interveniente não cria ou incrementa nenhum risco proibido:

“En un primer conjunto de supuestos niega que la actuación común pueda configurarse por pura arbitrariedad (conjunción arbitraria): esto es, habrá prohibición de regreso si el autor se liga arbitrariamente a un comportamiento de un tercero

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 25.

⁶⁹ Isidoro Blanco Cordero. *Op. Cit.*, p. 42 (itálico nosso).

⁷⁰ *Idem, Ibidem*, p. 44.

que sea estereotípicamente adecuado desde un punto de vista social. [...] también niega Jakobs la responsabilidad penal en casos de actuación en común pero en las que la ‘conjunción parcial’ no tiene por objetivo específico la realización delictiva”.⁷¹

Sendo assim, só haverá punição do interveniente, neste último caso, que a ação praticada for perigosa *em si*, como no caso de venda de arma a pessoa não autorizada⁷².

Segundo Greco,⁷³ no entanto, o princípio da proibição do regresso não é adequado para a interpretação das ações neutras, pois este trata da isenção da responsabilidade daquele que age com culpa anteriormente à ação dolosa posterior de outro sujeito ativo, e no caso das ações neutras a intervenção no delito nunca se dá de forma culposa, visto que o interveniente age sempre dolosamente.

Outros doutrinadores, como Roxin, também tecem críticas à formulação de Jakobs, por entenderem que a ação do interveniente, quando conhece os objetivos para os quais o autor adquire seus préstimos, não pode ser considerada neutra, mesmo quando se tratar de uma ação cotidiana, acessível em qualquer lugar, obtida de qualquer profissional,⁷⁴ pois, na visão do autor, o interveniente que age consciente da intenção criminosa do autor aumenta o risco da ocorrência de um fato antijurídico, toma o delito também como seu, e passa a ser responsável também pelo resultado, não podendo negar seu dolo na participação

Puppe entende que a proibição do regresso, da forma como modernamente elaborada por Jakobs, não tem o condão de romper o nexo de imputação, mas tão-somente de melhor delimitar o dever de cuidado. Em sua interpretação, alguns serviços específicos, por possuírem um risco intrínseco (como a venda de armas, remédios, ou de venenos) precisam ser revestidas de um dever especial de cuidado e de regulamentação⁷⁵.

⁷¹ Jon-Mirena Landa Gorostiza. *Op. Cit.*, p. 91. As menções a Jakobs são retiradas da referencia indicada pois a obra original está disponível somente em alemão.

⁷² *Idem, Ibidem*, p. 46.

⁷³ *Op. Cit.*, p. 26.

⁷⁴ “Como dice Roxin, se recurre aquí de forma inadmissible a um curso causal hipotético (el hecho que osiblemente también se puede adquirir um destorillador em outro lugar) para lenar la complicidad”. Isidoro Blanco Cordero. *Op. Cit.*, p. 49.

⁷⁵ Greco critica as considerações da autora: “merecedora de crítica é somente a ideia de que a regulamentação da venda de um objeto venha a decidir a questão jurídico-penal da punibilidade ou não de determinado

Respeitados estes cuidados, entretanto, fica afastada a responsabilidade do fornecedor, e o dever de cuidado recai exclusivamente sobre o autor.⁷⁶

Mesmo nas ocasiões em que a prestação de serviço ou o fornecimento de material seja de bens ou serviços cotidianos, despidos de qualquer potencialidade lesiva, a autora aventa ainda possibilidades de se punir a intervenção quando o profissional souber das intenções delitivas do autor, e quando o fato principal estiver a ponto de ser cometido ou em fase de execução⁷⁷.

comportamento. Não é o direito administrativo, e sim o direito penal, quem tem que dizer o que é e o que não é punível. Luis Greco. *Cumplicidade através das ações neutras...* cit., p. 101

⁷⁶ Isidoro Blanco Cordero. *Op. cit.*, p. 52.

⁷⁷ GRECO, Luis. *Op. cit.*, p.99.

4. A PARTICIPAÇÃO DELITIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: FUNDAMENTOS E LIMITES

*“Pode-se dizer que a criminalidade contemporânea é predominantemente associativa. A atividade criminosa também participa da complexidade da vida moderna e procura enfrentar com a mesma eficiência técnica os meios repressivos. A própria natureza dos crimes atualmente cometidos nos grandes centros urbanos mostra que, sem a associação dos criminosos, eles dificilmente seriam possíveis. As ações terroristas, os assaltos a bancos, o sequestro de aviões, a captura de pessoas para fins de extorsão, são formas criminais a exigir a coligação de vários agentes ainda que esta não seja necessária para a configuração legal dos respectivos delitos. Cresce, nos nossos dias, a importância da participação criminal, desafiando o legislador, no sentido de normar esse complexo e delicado problema jurídico-criminal”.*⁷⁸

4.1. Posição do problema: pressupostos teóricos

O problema das ações neutras surge, antes de mais nada, por conta da existência do chamado concurso de pessoas para prática do crime, realidade fática prevista normativamente.

Em regra, os tipos penais previstos na Parte Especial do Código Penal e também na legislação especial referem-se a condutas realizadas por *uma única* pessoa, individual ou coletiva (última hipótese possível em se tratando de crimes ambientais, no caso brasileiro)⁷⁹.

Contudo, os crimes não são necessariamente obra de uma única pessoa.⁸⁰ Como em qualquer ação humana, ele pode produzir-se sob as mais imprevistas e singulares formas e circunstâncias,⁸¹ entre elas com a intervenção de várias pessoas desempenhando papéis parecidos ou diferentes, o que dá lugar ao problema da *participação (concorrência ou concurso) de pessoas no delito*⁸².

⁷⁸ José Salgado Martins. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 267.

⁷⁹ Ver art. 3º da Lei n. 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais).

⁸⁰ COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 231.

⁸¹ MARTINS, José Salgado. *Op. Cit.*, p. 267.

⁸² Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 767. Nas palavras de Hungria, o crime “do mesmo modo que o fato ilícito, tanto pode resultar da ação (ou omissão) isolada e exclusiva de uma só pessoa, quando de uma conduta coletiva, isto é, da cooperação (simultânea ou sucessiva) de duas ou mais pessoas” (Nelson Hungria. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. 1, tomo 2º, 3ª ed. rev. e atual., p. 392).

Além de ser consequência da complexidade da sociedade moderna e uma necessidade de se enfrentar com a mesma eficiência técnica os meios repressivos,⁸³ várias outras são as razões que motivam indivíduos a consorciar-se para a realização de uma empresa criminosa, como o de assegurar o êxito de empreendimento delituoso e a impunidade, tornar possível o ganho coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais⁸⁴.

Surge, assim, a necessidade de se estudar os diferentes papéis que os *participantes* desempenharam no cometimento do crime, na realização ilícita típica, assim como delimitá-los reciprocamente e determinar a forma e o quanto de punição de cada um deles⁸⁵.

A matéria é tratada no art. 29 do Código Penal;⁸⁶ art. 11 da Lei n. 8137/90 (que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo);⁸⁷ e no art. 2º da Lei n. 9.605/98,⁸⁸ que dispõe sobre os crimes ambientais.

⁸³ José Salgado Martins. *Op. Cit.*, p. 267. Para Alves, entre as razões (talvez mais psicológicas que jurídicas) que poderiam ser aventadas para explicar a existência do instituto da “co-autoria”, além da existência de mais de uma pessoa interessada na prática da infração penal, poderia ser mencionada a necessidade de se assegurar, com maior certeza, o êxito da execução e consumação do crime (Roque de Brito Alves. *Da co-autoria* – prova escrita do concurso para a cátedra de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade do Recife, realizada em 4 de agosto de 1959. Recife: Imprensa Industrial, 1960, p. 9).

⁸⁴ Conforme lembra, Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de direito penal – parte geral*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 480 e Aníbal Bruno. *Direito penal – parte geral*. Vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 257-258.

⁸⁵ Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal – parte geral*, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 755.

⁸⁶ “TÍTULO IV – DO CONCURSO DE PESSOAS

Regras comuns às penas privativas de liberdade

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

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

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

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Casos de impunibilidade

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.

⁸⁷ **Art. 11.** Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Parágrafo único. Quando a venda ao consumidor for efetuada por sistema de entrega ao consumo ou por intermédio de outro em que o preço ao consumidor é estabelecido ou sugerido pelo fabricante ou concedente, o ato por este praticado não alcança o distribuidor ou revendedor.

⁸⁸ **Art. 2º.** Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

A análise das disposições normativas sobre o tema dá ensejo a uma grande diversidade doutrinária, como se verá adiante. Para a finalidade da presente tese, limitaremos a interpretação do art. 29 do CP, por ser ele a base da construção das demais.

Antes de qualquer consideração, porém, de relevo para introdução temática são os seguintes pressupostos teóricos.

Não é considerado participante o “encobridor”. Isto porque não existe a possibilidade, por não ser normativamente adequado, nem faticamente pensável, haver concurso de agentes *ex post facto*, isto é, depois do fato ter sido cometido e o tipo de crime realizado.⁸⁹ Na legislação brasileira, o comportamento do “encobridor” poderá constituir crime autônomo como de receptação (art. 180 do CP), favorecimento real (art. 349 do CP) etc.⁹⁰.

Anote-se que, na teoria do concurso de pessoas *stricto sensu*, a pluralidade de pessoas é aquela que pode ocorrer eventualmente, ou de forma facultativa.⁹¹ Está excluído da teoria, portanto, o chamado *concurso* necessário (impróprio), que constitui um dos elementos integrantes ou indispensáveis para a configuração típica, nos crimes coletivos ou plurissubjetivos (quadrilha, rixa etc.).

Finalmente, o *concursum delinquentium* não se confunde com o *concursum delictorum*, que é concurso de crimes, em que um autor pratica mais de um crime.⁹²

Havendo *concurso de pessoas*,⁹³ resta delimitar sob o ponto de vista normativo material as espécies de figurantes, “cujo *papel* na realização do tipo de ilícito é diferente e

⁸⁹ Este é o pensamento de hoje, conforme Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 758 e Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 480. No entanto, as formas participativas *ex post facto* já foram previstas em nossa legislação no passado, a exemplo do código espanhol de 1822 (art. 12 e 17) e do código francês de 1810 (art. 61). Assim dispunha o Código Criminal do Império do Brasil, em que eram considerado cúmplices aqueles que praticassem receptação de coisas obtidas por meios criminosos (art. 6º, §1º) ou ainda, quem desse asilo ou cedesse sua casa para reunião de malfeitores, com ciência de que cometem ou pretendem cometer crimes (6º, §2º). Igualmente, o Código Penal de 1890 considerou cúmplices os que, antes ou durante a execução, prometessem ao autor auxílio para fugir, ocultar o suprimir instrumentos e provas do crime (art. 21, §2º); os receptadores (art. 21, §3º) e os “encobridores” (art. 21, §4º). O projeto de código penal de 1927, de autoria de Sá Pereira, o projeto de 1913 de Galdino Siqueira e o projeto de 1938 de Alcantara Machado, não mais atribuíram a receptação e o favorecimento na disciplina de concurso de agentes. Aliás, digno de nota que o problema persistiu no direito espanhol até recentemente, quando os arts. 12, 3º e 17 foram superados pelos arts. 27 e ss. do CP 1995 (Nilo Batista. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3 e ss.).

⁹⁰ Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 480.

⁹¹ José Salgado Martins. *Op. Cit.*, p. 268.

⁹² Entre tantos, v. Paulo José Costa Jr. *Comentários ao Código Penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1989, p. 232 e Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, , vol. I, tomo I, p. 501-502.

⁹³ A terminologia adotada pelo legislador na reforma em 1984 para referir-se ao tema ora tratado foi “concurso de pessoas”, em detrimento de “coautoria” (título IV da Parte Geral), nomenclatura original da redação do Código de 1940, e censurável por não abranger a participação, também considerada uma forma de concurso. Aventou-se até utilizar-se da expressão “concurso de agentes” empregada no Código de 1969, mas

que por isso *devem* porventura, ou seguramente *podem*, ser jurídico-penalmente tratados de maneira diferente”⁹⁴.

Por isso, outro pressuposto teórico da tese diz respeito à diferença entre autoria e participação.

Várias teorias disputam a sistematização da autoria e, quando distinguem, da participação. Para as últimas, neste contexto, o importante é estabelecer quais são os critérios que diferenciam o autor do partícipe,⁹⁵ o que é feito quando se adota uma determinada teoria sobre o conceito de autor⁹⁶.

A teoria do domínio do fato, que diferencia autor de partícipe, será acolhida sem que se desenvolva uma maior discussão a respeito, diante da extensão do tema, cuja profundidade foge do objeto da presente tese.

Para este trabalho, portanto, ponto de partida indeclinável é a opção por um sistema diferenciador entre autoria e participação.

Assim, especificamente sobre a participação, seria possível traçar-se duas opções de estudo: estabelecer o limite máximo da participação, ou seja, marcar as diferenças entre os que merecem pena do autor, sendo ou não no sentido estrito da palavra, como já apontado acima; e definir o limite mínimo da participação, vale dizer, traçar uma linha entre o que deve ser punido como partícipe e o que deve ficar impune⁹⁷.

considerou a comissão de 1984 que essa terminologia era extremamente abrangente podendo, inclusive, compreender fenômenos naturais, já que agentes físicos também produzem transformações no mundo exterior (Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 480-481). De qualquer forma, com a nova denominação (da reforma de 1984) ficou superada a equivocidade do texto legal anterior que provocou por largo espaço de tempo a falta da autonomia conceitual da participação (Alberto Silva Franco; Rui Stoco. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vol. 1, tomo I, p. 444). Com opinião diversa, parece se manifestar Costa Jr., ao tratar da co-delinquência (co-autoria), “impropriamente chamada de concurso de pessoas (ou de agentes)” (., Paulo José Costa Jr. *Op. Cit.*, p. 231).

⁹⁴ Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 758.

⁹⁵ Elena M^a. Górriz Royo. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 2008, p. 102.

⁹⁶ Também não trataremos da figura do coautor, por não fazer parte das formas de intervenção delitiva que incidem nas ações neutras. Estudo completo sobre o tema pode ser encontrado na obra de María Gutiérrez Rodríguez. *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia: Tirant lo Blach, 2001. Igualmente, não será abordada a polêmica figura da autoria mediata (prevista na lei brasileira no art. 22, CP – em virtude de coação ou obediência hierárquica – e art. 20, §2º, CP – em virtude do erro – tema tratado de forma específica, entre nós, por Luiz Dória Furquim. Concurso de agentes, com especial referência à autoria mediata, em face do novo Código Penal in *Justitia*, ano XXXIII, 3º trimestre de 1971, vol. 74, p. 67-80).

⁹⁷ Conforme diretrizes explicadas por Francisco Muñoz Conde, em prologo escrito para a obra de Maria Carmen Lopez Pelegrin. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997. De forma semelhante, aborda o tema Gimbernat Ordeig, tratando especificamente da figura da *cumplicidade* do Código Penal Espanhol, estabelecendo a sua fronteira com a autoria, “fronteira por cima” e, depois, o limite da cumplicidade com a conduta impune, “a fronteira da cumplicidade por baixo” (Enrique Gimbernat Ordeig. *Autor e cómplice en derecho penal*. Buenos Aire: B de F, 2006, p. 179 e ss.).

Na presente tese, interessa e tem importância teórica e prática para a solução dos casos envolvendo as definidas ações neutras, o estudo dos limites mínimos que delimita a “*cumplicidade* punível da mais absoluta impunidade”⁹⁸.

Em acréscimo, certo é que o limite a ser desenvolvido entre a fronteira mínima do castigo e as condutas impunes, depende, em substância, da concepção que se acolhe sobre o fundamento do injusto da participação criminal, ou seja, da resposta a simples pergunta do porquê se pune o partícipe.

O fundamento da punição do partícipe será, portanto, o pano de fundo da presente tese que, essencialmente, trata da participação criminal, seu fundamento e limites (mínimos).

4.2. Delimitação conceitual (*necessária*) entre autoria e participação: o sistema legal brasileiro

4.2.1. Anotações sobre os modelos de concurso de pessoas

Tradicionalmente, ao abordar a questão do concurso de pessoas, a doutrina inicia destacando dois modelos, teorias ou sistemas, a partir de uma determinada metodologia: o unitário e diferenciador^{99 100}.

⁹⁸ Expressão de Francisco Muñoz Conde, em prologo escrito para a obra de Maria Carmen Lopez Pellegrin. *Op. Cit.*

⁹⁹ A opção metodológica é feita de acordo com Ortiz, uma vez que, a despeito do sistema unitário ser conformado com o modelo ou conceito unitário de autor, como é considerado pela maioria da doutrina, dando ensejo as teorias negativas da participação, serve ele para contrapor com o sistema diferenciador, este sim subdividido em distintos conceitos de autor, cada qual ajustado a várias teorias a respeito da atribuição de responsabilidade no concurso de pessoas (Mariana Tranchesi Ortiz. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 25-26). No mesmo sentido, Elena M^a. Górriz Royo, *Op. Cit.*, p. 101, para quem o dito critério não é mais que um instrumento de metodológico de efeitos classificatórios. De forma semelhante Maria del Carmo López Peregrín. *La complicitad en el delito*. Tirant: Valencia, p. 30. Entre nós, a classificação de teorias positivas e negativas de participação é utilizada por Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 363.

¹⁰⁰ A metodologia acima, tradicional, será empregada por razões práticas. Não obstante, é digna de nota a posição de Robles Planas no sentido de que referida classificação provoca uma confusão terminológica considerável. Partindo de uma diferença em modelos teóricos e legais, afirma que, geralmente, os códigos penais de tradição cultural de seu país, a Espanha, não comportam a adoção de um determinado modelo dogmático de autoria e participação. Da lei, segundo sustenta, pode-se apenas estabelecer uma distinção entre aqueles códigos penais que preveem o mesmo marco penal para todos os intervenientes de um fato, e aqueles códigos penais que castigam de forma diferente em função da importância da contribuição. O que diz respeito aos modelos teóricos, é perfeitamente concebível um sistema unitário de autor em que se gradue a pena dos diversos “autores” e, da mesma forma coerente, seria um sistema diferenciador em que se castiga a

Paralelamente à classificação acima, a doutrina, teorizando a respeito da noção de autor, geralmente distingue o *conceito* unitário, extensivo e restritivo de autor¹⁰¹.

O conceito unitário de autor está vinculado ao sistema unitário. Da mesma forma, embora não seja pacífico, o conceito extensivo de autor, dando ensejo, inclusive, a alguns autores empregar em sentido equivalente os termos “extensivos” e “unitário”¹⁰². Ao revés, é pacífica a opinião de que o conceito restritivo de autor é compatível com o *sistema diferenciador*, por possuir o mesmo pressuposto daquele, ou seja, a admissão de diferenças objetivas entre a conduta do autor e a do partícipe¹⁰³.

O traço básico das legislações que estão classificadas no sistema unitário de autor é a não distinção entre as pessoas que colaboram, de um ou outro modo, para o crime¹⁰⁴. Não há discriminação entre os intervenientes principais e os acessórios¹⁰⁵. Todas as condutas de

de maneira igual os “intervenientes” com a mesma pena (Ricardo Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento e límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 144).

¹⁰¹ Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁰² Nesse sentido Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 103. Em sentido contrário, Ortiz opta por incluir o conceito extensivo de autor no sistema diferenciador. Explica a autora que, muito embora haja uma equivalência da orientação teórica do fundamento do conceito unitário de autor com o conceito extensivo de autor – teoria da equivalência das condições – há uma incompatibilidade prática em tratá-los dentro do mesmo sistema. Isto porque, o conceito extensivo de autor surge da combinação da concepção unitária com uma legislação disciplinadora da participação, “segundo o qual o partícipe é partícipe não porque sua contribuição ao crime possua, em si, menor relevância, mas porque a lei previu expressamente uma hipótese que lhe limita a punibilidade”. Sua natureza é, portanto, de uma *causa de restrição de pena*, já que, se não fosse excepcionada, a causação seria castigada como autoria (Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 33-36). Sob outro aspecto, observam Jescheck e Weigend que da impossibilidade objetiva de diferenciar a autoria e a participação, por serem sob o ponto de vista causal valorativamente iguais, buscou-se para tal um critério subjetivo, o que deu ensejo à vinculação da **teoria subjetiva da participação** ao conceito extensivo de autor. Segundo dita teoria, o que distingue o autor do partícipe é que o primeiro realiza a contribuição causal com vontade de autor, querendo o fato como próprio, possuindo um *animus auctoris*, ao passo que o segundo quer o fato como alheio, possuindo um *animus socii*. (Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 700-01). Durante muito tempo posição dominante no Tribunal do Império e Tribunal Supremo, “as teorias subjetivas” até hoje têm influência na jurisprudência e, de forma isolada, na doutrina. Dois casos ficaram conhecidos por não responsabilizar a título de autoria aquele que executou o fato. No “caso da banheira”, a autora havia afogado o filho extramatrimonial de sua irmã, incitada por esta, imediatamente depois do nascimento. O Tribunal do Reich recomendou a instância inferior que não condenasse a mulher por assassinato, e sim por cumplicidade no infanticídio cometido por sua irmã, em razão de provavelmente não ter querido o fato como próprio. O outro caso, conhecido por *Staschynskij*, um agente soviético, que havia executado a mando superior dois exilados políticos que viviam na Alemanha Ocidental, foi considerado cúmplice dos fatos cometidos por aqueles que lhe deram as ordens (V. Gunter Stratenwerth. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 473 e Nilo Batista. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67-68).

¹⁰³ Tudo conforme Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁰⁴ Assim, afirma Górriz Royo que “*el concepto de autor acogido en el sistema unitario de autor es el más amplio posible, pues sus límites se extienden más allá de la estricta intervención del sujeto como propia*” (Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 104).

¹⁰⁵ Como legislações que acolhem o conceito unitário de autor podem ser citadas a lei austríaca, norueguesa, francesa e a italiana, esta última influenciadora de nossa lei. Entre o modelo adotado pelo Código Penal italiano e o austríaco, p.ex., há divergências, tendo Kienapfel para diferenciá-los proposto o conceito unitário formal e o conceito unitário funcional ou material de autor (Cf. Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 106). Em sua versão clássica (formal), o conceito unitário de autor está fundado na teoria da equivalência das

intervenção estão abrangidas diretamente pelos tipos da Parte Especial¹⁰⁶. A importância da intervenção só adquire significado na determinação da pena, de acordo com a culpabilidade individual de cada codelinqüente¹⁰⁷.

Duas são, em síntese, as características das teorias que estão sob o modelo unitário: interpretação extensiva do tipo penal, de forma a considerar diretamente típica qualquer conduta de intervenção causal no crime;¹⁰⁸ rechaço ao princípio da acessoriedade, ao renunciar a distinção entre intervenientes principais e acessórios, estabelecendo o princípio da responsabilidade autônoma e de maneira igualitária para todos os intervenientes¹⁰⁹.

Das críticas que podem ser formuladas contra a concepção unitária e extensiva de autor, a principal delas é a “nula o vaga delimitación conceptual de las clases de autor y, en su caso, la escasa transcendencia sancionadora de las mismas, sirve, por lo general, de justificación para ampliar, sin límites precisos, el castigo”¹¹⁰.

Por outro lado, para o sistema diferenciador, em que se encontra vinculado o conceito restritivo de autor, só determinados intervenientes podem ser considerados *autores*, vale dizer, aqueles que realizam condutas diretamente subsumíveis nos tipos da Parte Especial. Consequentemente, não se poderia subsumir a todos os intervenientes os tipos penais da Parte Especial. Outra característica é a aceitação do princípio da acessoriedade, na medida em que há distinção entre autores (intervenientes principais) e

condições, considerando autores todos os intervenientes que forneçam uma contribuição causal para a realização típica, independentemente da sua importância no resultado. Por outro lado, em sua versão moderna, admite-se que todos os concorrentes sejam autores, mas distinguem-se categorias de autoria ou formas de intervenção no fato. Dois são os fundamentos desta posição. Em sua versão clássica, baseou-se na teoria da equivalência das condições, desenvolvida por Maximiliano von Buri, no contexto da teoria causalista da ação, segundo a qual todas as condições do resultado são equivalentes, considerando-se causa do mesmo cada uma delas. O segundo fundamento da teoria está na ideia, que mais se aproxima de uma opção político criminal, na consideração do crime como obra comum de todos os que contribuem a ele, julgando conveniente, em princípio, punir por igual todos, especialmente sem que o castigo de uns (os partícipes) dependa da faça o outro (o autor) (Cf. Edgardo Alberto Donna. *La autoría y la participación criminal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 14-15 e Santiago Mir Puig. *Derecho penal- parte general*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 368).

¹⁰⁶ Maria del Carmo López Peregrín. *Op. Cit.*, p. 38.

¹⁰⁷ Dessa forma, referida teoria não permite nenhuma lacuna de punibilidade, possibilitando que as sanções se adaptem somente de acordo com a personalidade do autor (Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 694-5).

¹⁰⁸ Maria del Carmo López Peregrín. *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁰⁹ *Idem, Ibidem*. No que diz respeito a esta última crítica, Robles Planas considera que o decisivo para a não aceitação do conceito unitário ou extensivo de autor é que, ao se renunciar ao princípio da acessoriedade, ou seja, ao não considerar que o objeto da imputação do partícipe é a execução realizada pelo autor, conduz-se a uma responsabilidade por comportamentos que ainda não tenha exteriorizado perturbação social alguma (Ricardo Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento e límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 119).

¹¹⁰ Elena M^a. Górriz Royo. *Op. Cit.*, p. 136.

partícipes (intervenientes acessórios), em que a punição dos últimos guarda dependência na conduta do autor principal¹¹¹.

Finalmente, digno de nota que recentemente têm surgido modernas construções da teoria unitária que tentam abandonar a ideia da causalidade para apoiar-se em outros princípios, como o do merecimento da pena ou da realização do tipo, baseando-se na teoria unitária de autor¹¹².

Desconhecem a diferença entre as formas de autoria e participação, pelo menos no plano da imputação, pois cada interveniente é responsável pela quebra de seu papel social (infração de dever). Não há diferença entre o fundamento e objeto da conduta do autor e do partícipe, exceto na distinção quantitativa (fenômenos de determinação da pena)¹¹³.

Não nos aprofundaremos no debate desta teoria normativista, ou “teoria funcionalista da autoria”¹¹⁴, defendida por Jakobs e seus discípulos, porque sua aplicação só guarda validade dentro do sistema de seus idealizadores (funcionalismo radical), que por nós não foi adotado na presente tese. Entretanto, faremos menção adiante à Jakobs, seu sistema e sua teoria no que diz respeito à solução do problema das ações neutras¹¹⁵.

Pertinente mencionar, neste contexto, a lembrança de ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, no sentido de que, apesar da intervenção de várias pessoas consistir em um acontecer próprio da vida corrente, mantém-se a antiga e grande disputa entre os que sustentam os conceitos de *autor* e *partícipe* com base em elaborações puramente legislativas e os que postulam que a lei deve respeitar os dados da realidade, extraídos da experiência cotidiana¹¹⁶.

4.2.2. O contexto legal brasileiro

4.2.2.1. O Código Penal de 1940

¹¹¹ De acordo com Górriz Royo, que ainda desdobra outras características do modelo diferenciador a partir do princípio da acessoriedade, que serão tratadas no tópico que segue (*Idem, Ibidem*, p. 137). Várias são as teorias que disputam o fundamento da distinção entre o autor e o partícipe. Sobre elas, inclusive com menções a doutrina nacional, consultar principalmente Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 59-74 e Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 46-79, com farta bibliografia estrangeira.

¹¹² Victoria García del Blanco. *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.196-197.

¹¹³ *Idem, Ibidem*, p. 204-205. Similar, Fernando Corcino Barrueta. “Coautoría, imputación objetiva y semántica social”. In: *Imputación normativa – aspectos objetivo e subjetivo de la Imputación Penal*. Resistencia: Contexto, 2011, p. 75 e ss. Sobre o tema, de forma completa, consultar: Silvina Bacigalupo. *Autoría y participación en delitos de infracción de los negocios*. Marcial Pons, 2007.

¹¹⁴ Conforme Batista citando Barja de Quiroga (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 73).

¹¹⁵ Sobre o tema, consultar coletânea de artigos coordenada por Nelson Salazar Sánchez. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Lima: Idemsa, 2007.

¹¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 767.

O tratamento dado ao concurso de pessoas no Brasil foi variado ao longo de sua evolução legislativa, podendo-se afirmar que até o Código Penal de 1940, posicionou-se o legislador pátrio pelo acolhimento do sistema diferenciado, distinguindo autoria da participação, adotando o conceito restritivo de autor¹¹⁷.

Acontece que, rompendo com a tradição histórica, inspirado expressamente no código italiano de 1930 quanto à orientação adotada, o Código de 1940 conferiu normas mais simplificadas¹¹⁸, sob a censurável denominação “Da Coautoria” (Título IV), onde o primeiro dos três artigos que regulava a matéria (art. 25)¹¹⁹, estatuiu um conceito extensivo de autoria, com base causal¹²⁰.

Assim, passou a lei brasileira a adotar orientação unitária do concurso de pessoas, cuja “coluna de sustentação teórica” da posição assumida foi corolário lógico do

¹¹⁷ V., por todos, sobre o histórico do tratamento dado ao concurso de pessoas no Brasil, Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 3-26 e Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 55-79.

¹¹⁸ Sobre as circunstâncias políticas e sociais em que houve a elaboração do Código de 1940, a partir do projeto Alcântara Machado, e as influências estrangeiras, especialmente a mais visível delas – a italiana – consultar Zaffaroni. Batista, Alagia, e Slokar. *Op. Cit.*, p. 465-475.

¹¹⁹ Assim tratava o tema:

“TÍTULO IV

Da coautoria

Pena da coautoria

Art. 25. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.*

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 26. *Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

Casos de impunibilidade

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).”*

¹²⁰ Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 14-15. Para Costa e Silva o sistema brasileiro adotado era semelhante ao do italiano fascista. No entanto, observa que em um ponto nosso código foi mais claro e preciso: o acolhimento indubitável da doutrina da *conditio sine qua* ou da equivalência das condições, ao contrário da Itália, onde discutia-se se o Código adotou essa teoria ou a da causalidade adequada (Antônio José da Costa e Silva. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., rev. e atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, p. 154). No mesmo sentido de Costa e Silva, manifesta-se Gusmão, ao afirmar que nenhuma censura no terreno científico caberia ao legislador de 1940 ao adotar o critério da equivalência das condições escolha, inclusive, em que “houve maior perfeição e segurança que no direito italiano, onde a matéria é suscetível de divergência, ante a imprecisão dos textos legais”. Posiciona-se, na sequência, sobre o critério da equivalência das condições formulado no art. 11 (Sady Cardoso de Gusmão. “Da co-autoria do novo direito penal brasileiro”. In: *Direito – doutrina, legislação e jurisprudência*, ano V, jul./ago. De 1944, vol. XXVIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 88. Lembra Dotti, antes de reforma do Código de 1984, que o *princípio da isonomia penal* para todos os concorrentes do Código da Itália (art. 110) também influenciou outros regimes latino-americanos, mas que o Código Penal Tipo para a América Latina havia decidido pela *teoria restritiva* ao classificar como autor aquele que realiza o fato legalmente descrito, por si ou valendo-se de outrem (art. 33), prevendo também a figura do instigador, do cúmplice necessário (art. 34 e 35) e do cúmplice eventual (art. 36), diminuindo a pena deste último (René Ariel Dotti. “O concurso de pessoas”. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 1981, p.79-105).

tratamento legal da causalidade, ao acolher-se a teoria da equivalência dos antecedentes (art. 11)¹²¹. Com isso, pretendia-se eliminar do direito brasileiro, entre outras características do concurso de pessoas, a acessoriedade da participação¹²².

No entanto, não foi unânime a aceitação teórica das proposições adotadas pelo Código de 1940.

Baseada na afirmação de que a diferença entre a autoria e participação seria ontológica e independeria da vontade do legislador, a doutrina divergente encontrou fundamento legal no então art. 27, que disciplinava modalidades de participação, e no art. 48, incisos II e IV, do CP, que previa atenuação da pena nos casos cuja cooperação do crime fosse de se somenos importância, ou que agiram com sob coação resistível¹²³.

Acabou-se, dessa forma, interpretando o texto legal de modo a ajustá-lo ao contexto do sistema diferenciador, aceitando-se o caráter acessório da participação¹²⁴.

¹²¹ V., por todos, Nelson Hungria. *Op. Cit.*, p. 392 e ss., revisor do projeto de reforma do Código de 1940 e maior defensor da teoria unitária do autor que, por ser partidário do sistema unitário de concurso de pessoas, era o maior defensor da *concepção extensiva de autoria*, conforme lembra Batista. Neste ponto, digno de registro, ainda segundo Batista, a existência de uma imprecisão terminológica na doutrina brasileira quando ao se denominar teoria “monística” a concepção unitária de autor, ou o “dualista” o diferenciador, atribuindo-lhe o mesmo conteúdo. Como esclarece, “o debate/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes a título de responsabilidade”, vale dizer, se no concurso de agentes se deve ser considerado um único delito praticado por todos, ou dois delitos, um praticado pelo autor e outro pelo partícipe ou, ainda, se haverá tantos delitos quanto autores e partícipes, é algo que não influencia ou se confunde com o modelo de diferenciação no concurso de pessoas (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 31, 33 e 36). A esse respeito e coerente com o que foi afirmado, ver nota anterior (nº. 23) sobre o pensamento de Robles Planas. Adotam as denominação de forma igualitária, entre outros, Paulo José Costa Jr.. *Op. Cit.*, p. 232, 234-235, 237 etc.; José Flávio Braga Nascimento. *Concurso de pessoas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 49 e Guilherme de Souza Nucci. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 277. A respeito das teorias que discutem se no concurso de pessoas há vários crimes ou um só, imputado todos os participantes (autores e cúmplices), conferir Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 481-483.

¹²² Além da teoria da autoria mediata e o caráter necessário da participação (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 14-15). Assim posicionou-se Hungria, membro da comissão revisora do projeto Alcântara Machado, que deu origem ao Código Penal de 1940, nitidamente contrário à teoria da acessoriedade e a autoria mediata. Segundo criticou, a teoria da acessoriedade “surtiu e teve ingresso na dogmática jurídico-penal, atravancando-a de artificios e sutilezas”, uma vez que a “punibilidade por *empréstimo* ou em ricochete” para se manter viável, como toda “falsa teoria”, teve que recorrer, para justificar a punibilidade do interveniente quando o executor fosse inimputável ou isento de pena, ao “expediente da *autoria mediata*”, duramente rechaçada na sequência de seus comentários. Com a nova solução, o então art. 25, afirmou que foi remetido “para o museu do direito penal” as teorias da acessoriedade e da autoria mediata (Nelson Hungria. *Op. Cit.*, p. 398-399). Inúmeras foram as críticas pela referida opção. Destaca-se a de Santos, ao mencionar outros países adotaram as diferenças entre as modalidades participativas, critério este acolhido até pela *common law* inglesa, “para qual os agentes de um mesmo crime foram distribuídos em quatro categorias: *principals in the first degree* (autores em primeiro grau), *accessories before the fact* (partícipes anteriores ao fato) e *accessories after the fact* (partícipes *post facto*)” (Gérson Pereira dos Santos. *Inovações do código penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 52).

¹²³ Antônio José Fabrício Leiria. *Autoria e participação criminal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2ª ed., 2010, 159 e ss.

¹²⁴ Para a posição dos autores a respeito, consultar Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 14-26 e Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 55-79. Soma-se a elas a posição de Alves, para quem o “Código atual [de 1940], de modo algum, proibiria tal diferenciação doutrinária das várias figuras ou modos de participação. A própria terminologia do nosso diploma penal está a exhibir que tais especificações persistiriam, pois não poderia violar uma realidade

4.2.2.2. A reforma da parte geral de 1984: o polêmico art. 29

Na reforma da parte geral de 1984, porém, assim como ocorreu importante avanço no campo das penas e medidas de segurança, na figura do erro, entre outras da teoria do delito, também na disciplina do concurso de pessoas houve um aprimoramento, embora não tenha sofrido uma transformação notável¹²⁵.

Foi adotada a denominação “Do Concurso de Pessoas” no Título IV, por ser mais abrangente.

No que diz respeito ao acolhimento da teoria unitária pelo Código de 1940, como corolário da *teoria da equivalência das causas* (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22), que rompeu com a tradição originária do Código Criminal do Império, ficou consignado na exposição de motivos da reforma de 1984 que “sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar na parte final do art. 29 e em seus dois parágrafos por regras precisas que distinguem a autoria da participação” (item 25).

Há quem afirme, contudo, que não é de todo exato que estas regras são precisas, como pretendia o legislador da reforma¹²⁶. Tanto assim que para Batista, o Código manteve a “visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva de autoria com base causal”¹²⁷.

Não é por outro motivo que parte da doutrina, mesmo pós-reforma, sustenta que o Código manteve a opção do *conceito unitário de autor* “não distinguindo, expressamente, entre autoria e participação”¹²⁸, procurando apenas “atenuar seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade”¹²⁹ entre elas¹³⁰.

de fato, psicológica e jurídica a mais clara possível”. Assim, fundamenta sua afirmação nos dispositivos legais então vigentes: art. 48, II, que atenua a pena no caso de ter sido de menos importância a cooperação para o delito; o já citado art. 27, que dispõe sobre a não punição quando o ajuste, determinação, instigação e o auxílio para o crime que não chegou a ser tentado; e nas agravantes especiais em caso de concurso (art. 45), que exaspera a pena do agente que promove ou organiza a cooperação no crime, que dirige a atividade dos demais, que instiga ou determina etc. (Roque de Brito Alves. *Op. Cit.*, p. 12).

¹²⁵ Segundo Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 24-25.

¹²⁶ Paulo Queiroz. *Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª ed., 2009, p. 259.

¹²⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2008, p. 37.

¹²⁸ Esta é a posição, p.ex., de Paulo Queiroz. *Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 259, e parece ser a de Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 356, ressaltando que, apesar da lei ter adotado, em princípio, a teoria *unitária* de autor, a introdução legal pela reforma de “critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, com, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente

Se antes o art. 25 era desdobramento do art. 11 do CP, agora art. 29 é visto como um corolário do art. 13 do CP, que 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”.

A causalidade como critério central de referência às condutas de autoria e participação nos crimes de resultado foi acolhida de forma quase irrestrita apesar da doutrina proclamar sua insuficiência¹³¹. Nestes termos, a discussão se pauta em dois pontos principais: se é ela legítima para fundamentar a punição de todos os participantes do crime, e se ela encontraria respaldo no princípio da legalidade dos tipos penais incriminadores.

O primeiro aspecto diz respeito à impossibilidade de se distinguir autor e partícipe pelo critério causal, já que será autor todo aquele que, mediante sua ação ou omissão, der causa ao resultado. Se não há diferença entre causas, não há como distinguir os intervenientes. Por esta razão Batista afirma que “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 várias pessoas”¹³².

Por outro lado, ainda no plano objetivo, ao castigar quem de qualquer modo concorre para o crime identificado como quem deu causa ao resultado, amplia demasiadamente a punibilidade dos que assim serão considerados intervenientes, o que viola o princípio da taxatividade penal.

Ainda que se elogie a inclusão no art. 29 da cláusula “no limite de sua culpabilidade” como afastamento do dogma causal, “atenuando seu rigor” de punibilidade, certo é que não é ela referencial para o fundamento da punição do partícipe, reservado que está ao injusto-típico, aspecto objetivo da imputação.

Tampouco funciona como critério para definir os conceitos de autor e partícipe pela lei, já que a distinção entre autor e partícipe também deve se basear no injusto-típico, e não

compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal (...)” e ALMEIDA, André Vinícius Espírito Santo de. *Erro e concurso de pessoas no direito penal*. São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 115 e 259. Com a reforma de 1984 e com olhos tradicionais, não nos parece que a lei manteve o conceito restritivo de autor. Ao prever a gradação da punibilidade na participação (§§ do art. 29), a nova lei se aproximou mais a concepção extensiva de autor, da qual Hungria já era entusiasta (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 32 e ss.).

¹²⁹ Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 482.

¹³⁰ Sobre a lei brasileira, confirmam o pensamento acima Jescheck e Weigend: “el Derecho brasileño, siguiendo el ejemplo italiano, recoge en el art. 29 CP el concepto unitario de autor, pero en la doctrina se distinguen con criterios objetivos diversas formas de participación” (Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 737).

¹³¹ Ecoando as vozes do passado, no mesmo sentido (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 38-46).

¹³² *Idem, Ibidem*, p. 38-39 e 53.

no plano da culpabilidade¹³³. Ao fazer referência à culpabilidade, que é óbvia e desnecessária, segundo Ferré Olivé *et al.*, quis o legislador abrir a possibilidade de penas distintas aos concorrentes¹³⁴.

Diante deste cenário como interpretar a lei de modo a sustentar a afirmação de que de que, como pretendeu a exposição de motivos, há diferença entre autor e partícipe (na esteira do que foi feito no passado)?

O argumento fundamental da distinção segundo aponta a doutrina está no §1º do art. 29 (“se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”), porque “de outro modo não se explica a razão pela qual a lei se ocupa dos que participam”.¹³⁵ Até mesmo porque esta disposição deve ser interpretada como “um problema de grau de conteúdo do injusto do fato”, e não da culpabilidade, que foi tratada no art. 29, *caput*, conforme com razão afirmam ZAFARONI e PIERANGELI¹³⁶.

O critério acima dito, portanto, é adequado porque diferencia as figuras com base no injusto típico, e não na culpabilidade e ou no nexo causal. Reconhecer que o partícipe pode ter uma pena diferenciada nestes termos é, na exata medida, atribuir-lhe um conteúdo de injusto diferenciado.

Conclui-se, neste sentido, que o fato do Código ter disposto que “quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas nele cominadas, na medida de sua culpabilidade”, não significa que todos que concorrem “para o crime” sejam autores, e, sim

¹³³ Conforme afirmam Ferré Olivé *et al.*, jamais a hipotética diferenciação entre autores e partícipes poderia fundamentada nos distintos graus de culpabilidade. O que pode distingui-los é será a lesão ou colocação em perigo o bem jurídico para o autor deverá ser realizada de forma direta, enquanto o partícipe deverá persegui-la indiretamente (Juan Carlos Ferré Olivé; *et al. Direito penal brasileiro; parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 540-541). No mesmo sentido, Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 61 e ss.

¹³⁴ Juan Carlos Ferré Olivé; *et al. Op. Cit.*, p. 540-541. Neste sentido, Reale Jr. afirma que “conforme o grau de participação, maior ou menor será a reprovação, com o que a dicção legislativa adequa-se à teoria do domínio do fato” (Miguel Reale Jr.. *Instituições de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 314). A este respeito, interessantes são as considerações de Santos de que a inserção da cláusula *na medida de sua culpabilidade* apresenta-se como um *complicador* a mais “no enganoso simplismo do antigo art. 25 do Código Penal de 1940”. Citando a legislação estrangeira vigente à época, explica que “colhida ao §29 do Código alemão – substancialmente idêntico ao art. 29º do diploma português – funciona, nestes dois diplomas estrangeiros, com um princípio devidamente ajustado ao esquema formal dogmático. Cada participante (*Beteiligter*) do fato plurissubjetivo deve ser castigado *conforme sua própria culpabilidade*, sem atender à dos demais. Nas legislações referidas, a cláusula é consequência do acolhimento da acessoriedade limitada, e serve de contrapé e fundamento do sistema diferenciador. Já em 1934”. (...) “Na legislação brasileira, recém-editada, a cláusula *na medida de sua culpabilidade* surge como um reforço, no concurso unitário, do princípio de que, na individualização penal, é objeto de um temperamento a contribuição particular de cada partícipe” (Gérson Pereira dos Santos. *Op. Cit.*, p. 55-56).

¹³⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2011, p. 576.

¹³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 586.

que todos os que “concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor”.¹³⁷

Dessa forma, tem-se que a doutrina majoritária manifesta-se no sentido de que o Código adotou o *conceito restritivo de autor*, com base nos seguintes dispositivos legais do Código Penal, além do já citado art. 29, §1º, do CP, que previu a participação de menor importância.¹³⁸ São eles: o art. 31, ao dispor que “o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, salvo disposição em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, que alude a formas de participação em sentido estrito; art. 122, ao tratar da participação em suicídio, punindo autonomamente aquele que induz alguém ao suicídio. Se não houvesse a diferença entre autoria e participação, tal induzimento seria punido como homicídio.¹³⁹

Comentando o texto de 1984, assim se posicionam com os argumentos acima citados além de outros: COSTA JR.¹⁴⁰; REALE JR.¹⁴¹; FERREIRA¹⁴², FRANCO et al.¹⁴³;

¹³⁷ Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Idem, Ibidem*, p. 574.

¹³⁸ Apesar de não ser nítida, já que o Código não utilizou uma distinção analítica Juan Carlos Ferré Olivé; *et al. Op. Cit.*, p. 540-541. No mesmo sentido: Guilherme de Souza Nucci. *Op. Cit.*, p. 270;

¹³⁹ Apenas para citar um entre vários autores que se utilizam destas fundamentações. Sobre outro prisma, rechaça o Greco o conceito unitário de autor porque ofende ele o princípio constitucional do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ao considerar qualquer contribuição como sendo autoria, atingindo-se a descrição típica do tipo penal (Luís Greco. *Cumplicidade através de ações neutras – a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 11). Não se exclui, ainda, a possibilidade de se fazer a distinção entre autor e partícipe no plano ontológico, desde que não se acolha determinada teoria funcionalista que considera, ao menos no plano da tipicidade, a inexistência tal distinção (como é o caso, p.ex., de Heiko H. Leisch. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 54 e s.). Neste aspecto, afora a citação de Ferraz, quando do Código de 1940, de que o legislador não tem poder de suprimir “entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidade concretas e vivas” (Esther de Figueiredo Ferraz. *A co-delinquencia no moderno direito penal brasileiro*. São Paulo: Dissertação para concurso à livre docência de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1947, p. 7-8), merece destaque a observação de Costa e Silva, também citada por ela, no sentido de que “para nós, os escriptores que, com o fito de evitar dificuldades da distincção entre os varios participantes de um crime, aconselham a supressão das disposições legais a respeito, dão a lembrar aquelle cardeal que, reinando o timido d. João V, acabou com as tempestades, riscando as folhinhas do anno” (*Código penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Nacional, 1930, p. 87-88). Aliás, no Brasil, assim manifesta-se Zaffaroni e Pierangeli, quando afirmam que autor e partícipe não são conceitos inventado pelo direito penal, mas aferidos do ôntico, da realidade. Não há razão, segundo entendem, para o Código defini-los, devendo remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixa a regra de que, em princípio, todos têm a mesma pena” (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 589).

¹⁴⁰ “O código aceitou a concepção restritiva de autor, que é aquele que realiza a conduta típica”. (...) “Inspirou-se o Código, nesse particular, no § 29 do Código alemão” (Paulo José da Costa Jr. *Op. Cit.*, p. 237).

¹⁴¹ Quando adota expressamente a teoria do domínio do fato (Miguel Reale Jr. *Op. Cit.*, p. 311 e s).

¹⁴² Conforme se depreende de suas conclusões (fls. 111), não obstante sua afirmação sobre a figura do instigador às fls. 49 (Ivette Senise Ferreira. *Concurso eventual de pessoas*. São Paulo: Dissertação para concurso à livre docência de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988, p. 47).

¹⁴³ Alberto Silva Franco; Rui Stoco. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vol. 1, tomo I, p. 444.

GRECO¹⁴⁴; ZAFFARONI e PIERANGELLI¹⁴⁵; DELMANTO et al.¹⁴⁶; GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁴⁷; FERRÉ OLIVÉ et al.¹⁴⁸; NUCCI¹⁴⁹; ORTIZ¹⁵⁰ e JESUS¹⁵¹ etc.

Resta saber, segundo os autores, quais são os casos de menor e quais os de maior importância (art. 29, § 1º)?

Para FERRÉ OLIVÉ *et al.*, o único critério realmente válido diz respeito ao grau de *afetação do bem jurídico*, onde, numa afetação plena (própria da autoria) conduz à pena integral, ao passo que numa afetação menor (própria de algumas formas de participação) pode conduzir a pena diminuída de um sexto a um terço.¹⁵²

Considerando o critério do princípio da proporcionalidade, posiciona-se Queiroz. Segundo o autor, participação de menor relevância vai ser aquela que, de um lado, não dá margem à invocação do princípio da insignificância e, de outro, “confrontada com a cota de participação de cada um dos envolvidos (autores, coautores ou partícipes)”, seja realmente secundária.¹⁵³

Utilizam o critério da exclusão ZAFFARONI e PIERANGELI, segundo o qual, de acordo com a teoria do domínio do fato, identificados os casos de “maior importância”, os demais serão considerados casos de pena atenuada nos termos do art. 29, § 1º, do CP. Nesse sentido, seriam consideradas participação de maior importância as hipóteses em que

¹⁴⁴ Para quem o Código, com a reforma, voltou “a fazer distinção entre autoria e participação...” (Rogério Greco. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 19).

¹⁴⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 576.

¹⁴⁶ Celso Delmanto *et al.* *Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

¹⁴⁷ “Nosso Código Penal, no art. 29 e seus parágrafos, distinguiu com clareza a autoria da participação.” (Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina. *Op. Cit.*, p. 363-364).

¹⁴⁸ Ao que parece. Afirmam, em princípio, a possibilidade de se entender “que o texto repressivo consagra um modelo *unitário* de autor, ao não fazer diferença nítida entre todos os que intervêm”, mas depois de apresentarem seus argumentos concluem que “parece claro que no Direito positivo brasileiro *existem diferenças* entre autores e partícipes, pois o próprio Código refere-se expressamente a estes últimos...” (Juan Carlos Ferré Olivé; *et al.* *Op. Cit.*, p. 540-541).

¹⁴⁹ Guilherme de Souza Nucci. *Op. Cit.*, p. 277.

¹⁵⁰ Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, p. 184.

¹⁵¹ Damásio Jesus. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011p. 450.

¹⁵² Juan Carlos Ferré Olivé; *et al.* *Op. Cit.*, p. 540-541. No mesmo sentido parecer ser a posição de Damásio, identificando a participação de menor importância como sendo aquela de “leve incidência causal”, onde a pena vai depender da maior ou menor proximidade do bem jurídico (Damásio Jesus. *Op. Cit.*, p. 472-473).

¹⁵³ Exemplifica sua afirmação com um caso típico de ações neutras, onde uma faxineira intervém em uma extorsão mediante sequestro, limitando-se a atender ligações telefônicas, alimentar a vítima em cativeiro etc. (Paulo de Souza Queiroz. *Op. Cit.*, p. 271). Sobre a proporcionalidade no direito penal, conferir obra de Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, especialmente o Capítulo 5.

há contribuição para o crime próprio, uma vez que nele interveniente não poderá ser considerado autor¹⁵⁴.

Em síntese: a doutrina brasileira se divide no reconhecimento quanto a teoria adota pelo Código a respeito da autoria, se extensiva (sistema unitário de autor) ou restritiva/unitária (modelo diferenciador). Mas converge no que diz respeito ao sistema de responsabilidade adotado, diante dos acréscimos dos § 1º do art. 29, ter sido ele dualista¹⁵⁵, por punir o partícipe diferentemente do autor¹⁵⁶.

Ressalta-se, o critério do §1º, do art. 29, é utilizado para fundamentar duas coisas distintas. Uma, o sistema diferenciador, como pretendeu a exposição de motivos da reforma de 1984. Outro que para o castigo do partícipe foi adotada a teoria dualista, punindo-o diferentemente do autor.

4.2.2.3. Nossa posição

¹⁵⁴ Seus argumentos, como dito, são baseados nas limitações legais da teoria do domínio do fato. Assim exemplifica: “Há pessoas que concorrem para o crime mediante uma contribuição indispensável, mas que não podem ser autores porque se trata de delito de mão própria ou de *delicta propria*. Assim, se alguém mantém uma mulher amarrada enquanto outro com ela mantém conjunção carnal, o único que comete estupro é este último, porque se trata de um delito de mão própria. Da mesma forma, quem presta ao funcionário público um auxílio indispensável para que cometa corrupção ativa não é coautor de corrupção, porque não é funcionário público. Tanto aquele que subjuga a mulher como aquele que atua na situação de funcionário público só podem ser cúmplices: em virtude de sua participação necessária, a lei equipara aos autores para os feitos da pena. Nestes casos, a participação necessária não pode configurar coautoria, porque não pode ser autor – o coautor não é mais do que um autor – quem não tem os caracteres típicos do autor (nos *delicta propria*) ou não cumpre o verbo típico na forma direta e pessoal (nos delitos de mão própria)”. Em tais hipóteses a participação do agente é de maior importância porque tem o domínio do fato, mas não pode ser considerado autor. No demais, a participação será de menor importância e a tem o julgador a *faculdade* de reduzir a pena (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 586). Em sentido contrário, com base na teoria da equivalência das condições adotada pelo Código, Ortiz entende que a conduta do partícipe é sempre (e no mínimo) causal, sendo impossível distinção de maior ou menor relevância. Sua conclusão é a mesma diante da aventada hipótese de se diferenciar, sob o aspecto naturalístico, as distintas causas, o que possibilitaria a punição do desvalor da conduta e não do resultado. Reconhece o caso, ademais, em que a contribuição de “menor importância” seja inegavelmente determinante para o crime, hipótese que deve ser fundamentada sobre outras bases, que não causais. Para nós, a solução para o desvalor da conduta será encontrada com a aplicação da teoria da imputação objetiva, também cabível para a participação, como adiante explicaremos (Mariana Tranches Ortiz. *Op. Cit.*, p. 61-62). Também em sentido contrário, agora no que diz respeito à redução da pena, posiciona-se Queiroz, para quem a pena deve ser reduzida, embora o Código tenha utilizado a expressão “pode” (Paulo de Souza Queiroz. *Op. Cit.*, p. 271).

¹⁵⁵ Exceção apenas, sem contradizer a afirmação acima, para Costa Jr. Sustenta o autor, com razão, que a partir da reforma foi adotado um sistema “misto”: “a teoria monista foi mantida pelo Código, quiçá pela dificuldade que teria o magistrado em distinguir, uma a uma, as várias espécies de participação. Para minorar os excessos da equiparação global dos co-autores, jamais equivalente e tampouco merecendo tratamento parificado, adotou as exceções consubstanciadas na disposição final da cabeça do artigo e em seus dois parágrafos. Consequentemente, o legislador de 1984 adotou como regra a teoria unitária e, como exceção, a concepção dualista, que difere o tratamento penal entre autores e partícipes” (Paulo José Costa Jr. *Op. Cit.*, p. 238).

¹⁵⁶ O que é viável, reiterando nota de rodapé anterior de Robles Planas ao dizer que é perfeitamente possível conceber um sistema unitário de autor onde se gradue as penas dos diversos “autores” e, igualmente coerente, um sistema diferenciador onde se prevê a mesma pena para os “intervenientes” (Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 144).

Exposta toda a problemática envolvendo os sistemas de concurso de pessoas diante do sistema legislativo brasileiro e, apresentando as posições doutrinárias diante da dita problemática, resta apresentarmos a nossa posição a respeito.

Acreditamos, sem nos aprofundarmos em qualquer uma das teorias normativistas radicais da autoria e da participação, que a simples leitura do art. 29, isolado dos demais, aponta a opção/manutenção pelo legislador da reforma de 1984 pelo sistema unitário de concurso de pessoas, contrariando a sua própria exposição de motivos.

Não nos parece que o argumento fundamental para a distinção seria o §1º do art. 29, do referido artigo que, relacionados diretamente ao injusto do fato, teria dado tratamento penal diferenciado aos intervenientes, o que se justificaria caso o legislador não quisesse estabelecer a distinção.

Partindo do pressuposto de que o modelo do legislador brasileiro não é exatamente aquele do passado, inspirado no italiano (unitário formal), em que no plano objetivo não havia diferença de tratamento entre os intervenientes (o que se verifica tão somente na aplicação da pena), e que tenha se aproximado do sistema unitário funcional (norueguês), onde há diferença objetiva de tratamento entre os “diversos autores”, é perfeitamente adequado afirmar que o §1º, cuidou de uma forma de autoria (de menor importância).

E sobre os termos utilizados, também não convence o argumento de que a lei usou a palavra *partícipe* e que este seria aquele de natureza secundária, que se envolve ao que é principal. Sendo desnecessário qualquer aprofundamento semântico da palavra, polissêmica que é, certo é que o direito brasileiro tradicionalmente tratou do tema “concurso de pessoas” como sendo da “participação criminal” (veja a obra de LEIRIA), ou até mesmo “da coautoria” (FERRAZ). Se distinção existe ela é feita, e assim também é no estrangeiro, ao se especificar as modalidades de “participação”, ou dos “intervenientes”, ou “concorrentes”, ou “coautores” etc., o que não foi o caso da lei brasileira¹⁵⁷.

Segundo entendemos, o marco penal que verdadeiramente estabelece a diferença entre os intervenientes é o art. 31, não por aludir às formas de participação em sentido estrito (instigação etc.), mas por estabelecer a acessoriedade (limitada), característica principal do sistema diferenciador, conforme veremos em seguida.

¹⁵⁷ Este argumento salvaria Hungria das críticas que sofreu onde, em que pese ter ferozmente defendido a teoria unitária de autor, acabou tratando em seus comentários das formas de participação.

Concluímos, assim, que numa interpretação sistemática do art. 29 e do art. 31, não descartando o próprio art. 122, é perfeitamente possível sustentar que o legislador brasileiro adotou o sistema diferenciador de autoria.

Sobre outro aspecto, resta analisar qual critério deve ser adotado como parâmetro para se delimitar a participação de maior importância.¹⁵⁸ Entendemos que o conceito é aberto, normativo e se concretiza ao identificar o incremento do risco (proibido) da conduta do partícipe ao ataque ao bem jurídico também protegido frente perante ele, o que deve ser analisado numa *prognose póstuma objetiva*. A dimensão da real possibilidade de dano é que vai definir a causa de diminuição, conforme explicaremos em capítulo próprio, na construção de nosso posicionamento a respeito do limite mínimo da participação.

Resumindo:

- Aparentemente, o Código Penal adotou o sistema unitário de concurso de pessoas. No entanto, pela redação do art. 31 é possível concluir, com clareza, que foi acolhido na reforma de 1984 o sistema diferenciador.

- Pela leitura do art. 29, §1º, extrai-se que o Código adotou quanto à responsabilidade dos concorrentes a teoria dualista. Punem-se de forma diferenciada os intervenientes.

- O critério da punição, como será dito adiante, levará em conta o aumento do risco pelo partícipe ao ataque ao bem jurídico protegido também perante ele.

De mais a mais, reconhecida a diferença entre as modalidades de intervenção, dentre as diversas teorias que explicam a figura do autor¹⁵⁹, adota-se na presente tese a teoria do domínio do fato, por ser ela compatível com nosso sistema. Nesse sentido, autor será aquele que, segundo REALE com respaldo em BOTTKKE, “como figura central da prática da ação típica, tem o domínio do fato, ou seja, é a quem pertence a obra realizada, a quem se atribui a ação, visto exercer de modo efetivo e atual a soberania de configuração da ação”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Especificamente para a presente tese, este esclarecimento é necessário uma vez que, diante de uma aparente ação neutra, considerada de concretamente como hipótese de participação (limite mínimo da participação), seria ela de menor importância? O limite mínimo da participação será tratado adiante e, nosso posicionamento a respeito em capítulo próprio.

¹⁵⁹ Sobre referidas teorias, consultar entre nós: Mariana Tranchesi Ortiz. *Op. Cit.*, ao que consta o trabalho mais completo e atualizado a respeito e, especificamente sobre o tema, os artigos de André Luís Callegari. “Concurso de pessoas – teorias e reflexos no Código Penal”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais*. Ano 1, nº 0, maio/agosto de 2000, CEIP, Porto Alegre, ano 2000, p. 21-40 e Luiz Flávio Gomes. “Conceito de autoria em Direito Penal”. In: *MPMG Jurídico*, ano 2006, vol. 2, nº 7, p. 46-47.

¹⁶⁰ Miguel Reale Jr.. *Op. Cit.*, p. 321-322. Detalhes da teoria e como ela vem desenvolvendo no Brasil, inclusive na jurisprudência, podem ser encontrados nos comentários de Pablo Rodrigo Alflen Silva a perspectiva brasileira a obra de Kai Ambos. *Direito Penal – fins da pena, concurso de pessoas*,

Por fim, especialmente no que diz respeito à acessoriedade, segundo Batista, foi ela conferida no novo art. 31, ao dispor que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”¹⁶¹.

Reconhecido o princípio da acessoriedade em nosso ordenamento jurídico, duas questões passam a ser de interesse: em primeiro lugar, qual o conteúdo desse princípio e seu alcance. Em segundo, quais as formas de intervenção previstas em nosso ordenamento.

A partir destes pontos, teremos condições de tratar sobre o fundamento do injusto da participação criminal.

4.3. O princípio da acessoriedade

4.3.1. A acessoriedade e o modelo de concurso de pessoas

Antes de adentrarmos os aspectos da acessoriedade em nossa legislação, mister se faz esclarecer o que ela traduz concretamente, até mesmo porque não poderá ela se confundir com o fundamento do injusto da participação.

A participação, sob o ponto de vista do *sistema diferenciador* e, como será explicado adiante, rechaçando a teoria que atribui uma completa autonomia de sua tipicidade, é necessariamente acessória, ou seja, depende da existência de um fato principal¹⁶², que é realizado pelo autor¹⁶³.

antijuridicidade e outros aspectos. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 78 e ss. Em sentido contrário, partindo do pressuposto de que a teoria do domínio do fato somente tem sentido se aplicada nos sistemas em que há nítida diferenciação entre autor e partícipe, obrigando o juiz fixar menor sanção ao partícipe, está Guilherme de Souza Nucci. *Op. Cit.*, p. 269.

¹⁶¹ Apesar de tratar do novo art. 31, Batista manteve, contudo, a base de sua afirmação em argumentos dos comentadores estrangeiros e brasileiros à época do então vigente art. 27 (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 163-164). No mesmo sentido, Tavares, afirmando que houve na reforma de 1984 a adoção explícita do critério da acessoriedade limitada na participação punível (Juarez Tavares. “La reforma penal en Brazil”. In: *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo – una perspectiva comparada (2000-2006)*, coord.. José Luis Díez Ripollés e Octavio García Pérez, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 49).

¹⁶² Conforme a clássica doutrina de Bockelmann: “La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal” (Paul Bockelmann. *Relaciones entre autoría e participación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960, p. 7).

¹⁶³ Juan Bustos Ramírez. *Obras completas – tomo I – Derecho Penal – parte general*. Lima: ARA, 2004, p. 1082. De forma totalmente diversa é a relação entre os intervenientes nos *sistemas unitários*. Como já dito anteriormente, nos sistemas unitários a acessoriedade admitida é somente a fática, no sentido de que as condutas dos intervenientes do fato se complementam entre si para produzir o resultado criminoso. Dessa forma, para entender uma contribuição, deve ela ser analisada no conjunto. Assim, p. ex., “A” empresta um revólver a “B” para matar “C”. Não é possível entender a conduta de “A”, entrega da arma, se não conectá-la com a outra, produção da morte. O que é irrelevante para o sistema unitário é saber se a conduta de “B” foi em legítima defesa, dolosa ou culposa etc. “Es decir, a A le afecta la *acción* de B, pero no la *calificación*

O problema é determinar quando se dá o fato principal¹⁶⁴. Neste aspecto, é correta a afirmação de que exigências adicionais podem ser feitas de um ponto de vista normativo e (ou) legal à acessoriedade¹⁶⁵.

Assim, a doutrina costuma considerar a acessoriedade dividida em várias modalidades sob duas perspectivas, uma qualitativa e outra quantitativa, cada uma delas com conteúdo diferente da outra¹⁶⁶. Há, inclusive, com o mesmo significado anterior, quem atribua a perspectiva de outra maneira: de um lado, no desenvolvimento externo do crime. e de outro, em relação à estrutura interna do delito¹⁶⁷.

A *acessoriedade qualitativa* ou *interna* determina a medida mínima de elementos constitutivos do fato (principal) do autor¹⁶⁸, da qual depende a responsabilidade do partícipe. Ou seja, o que importa é identificar os elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) que o fato principal deve realizar para que o partícipe seja punível nos mesmos termos¹⁶⁹.

Por sua vez, a *acessoriedade quantitativa* ou *interna* relaciona-se à dependência da responsabilidade do participante em relação à fase do *iter criminis* realizada pelo fato principal do autor.¹⁷⁰ Nesse sentido, é opinião generalizada que o crime deve se encontrar em grau de tentativa – pelo menos princípio de execução –, sob pena da participação não ser punível. Tampouco será depois de consumado o fato¹⁷¹.

Outra exigência *geralmente* atribuída à acessoriedade é o dolo, no sentido de que só se admite a participação dolosa em fato doloso. E, por último, a necessidade de, nos *delitos especiais*, que o autor seja um *intraneus*¹⁷².

jurídica de ésta. Eso es básicamente lo que distingue los sistemas diferenciadores de los unitarios (Maria Carmen Lopez Peregrin. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997, p. 55-56).

¹⁶⁴ Segundo afirma Juan Bustos Ramírez. *Op. Cit.*, p. 1082-1083.

¹⁶⁵ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 827 e s.

¹⁶⁶ Henrique Salinas Monteiro. *Comparticipação em crimes especiais no código penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 307.

¹⁶⁷ É o caso de Juan Bustos Ramírez. *Op. Cit.*, p. 1082-1083. Note-se que também é – não a única – opção de Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 829 e ss.

¹⁶⁸ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 829.

¹⁶⁹ Henrique Salinas Monteiro. *Op. Cit.*, p. 308. O que se exige, para Dias, na acessoriedade quantitativa é que o fato principal alcance certo estado de “se a cumplicidade é participação no facto de outrem, *rectior*, no ilícito-típico de outrem, então aquela não pode existir de um ponto de vista jurídico-penal a ser punível se o ilícito-típico não existir” (Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 829).

¹⁷⁰ Henrique Salinas Monteiro. *Op. Cit.*, p. 308-309.

¹⁷¹ De acordo com Bustos Ramírez, que lembra neste contexto no que tange a exigência da tentativa, da importância em diferenciar os atos preparatórios dos atos executivos (Juan Bustos Ramírez. *Op. Cit.*, p. 1082-1083).

¹⁷² Aspectos da participação que não serão tratados neste capítulo cujo objeto central é o fundamento do injusto da participação, e não sua teoria geral.

4.3.2. A dependência do grau de realização do *iter criminis*: acessoriedade quantitativa

A intervenção do partícipe não será punida se o fato não chegar a uma determinada fase de execução pelo autor principal que se considera já existente o injusto, ou seja, no começo da tentativa¹⁷³. A dependência do partícipe se dá em nível do grau de realização do crime¹⁷⁴.

Esta exigência a acessoriedade quantitativa, porém, na prática não ocorre em todos os casos e na maioria dos países, ora porque se castigam, com maior ou menor amplitude, hipóteses de participação tentada em que o autor não tenha dado começo aos atos executivos¹⁷⁵ ou, por outro lado, porque o legislador acabou por punir a conduta do partícipe como crime autônomo.

A participação tentada existe, p. ex., na Alemanha. Segundo dispõe o § 30, “quien intente determinar a otro a cometer un crimen o instigarle a ello, será castigado conforme al precepto sobre tentativa de crimen”, com atenuação da pena segundo outros critérios.

Na Espanha, p. ex., são punidos como crimes autônomos a *conspiración* e a *provocación*, deixando de ser consideradas atos preparatórios impuníveis (art. 17 e 18 do Código Penal espanhol).

É com base na acessoriedade quantitativa que se pode afirmar com segurança o princípio do qual a participação só é punível até a consumação do crime. O que se discute hoje, segundo Dias, é se esta consumação é sempre a consumação formal ou material (terminação ou conclusão do fato).¹⁷⁶

Finalmente, é certo que a análise do injusto de cada interveniente no sistema unitário é analisado de outra maneira, individualmente. O fato dos demais não responderem penalmente, não significa que ficará impune. O referencial é, portanto, o *iter criminis* de sua própria conduta, indiferentemente da conduta do interveniente direto ter iniciado a execução do delito.¹⁷⁷

4.3.3. A dependência dos elementos do fato punível: acessoriedade qualitativa

¹⁷³ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁷⁴ Enrique Bacigalupo. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed., 1999, p. 519.

¹⁷⁵ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 62.

¹⁷⁶ Com detalhes a respeito, inclusive sobre a jurisprudência alemã, conferir Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 832-833.

¹⁷⁷ Para maiores explicações e exemplos, conferir, Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 64 e ss.

Ainda a respeito das exigências que podem ser feitas à acessoriedade, para melhor esclarecer o conteúdo da acessoriedade *qualitativa*, revela-se uma polêmica doutrinária que se pode resumir em pelo menos quatro teorias¹⁷⁸.

Antes de mencioná-las, porém, observe que a acessoriedade qualitativa relaciona-se à *qualidade* do fato principal. Importa identificar, portanto, “quais os elementos do crime que o facto principal deve realizar para que seja possível a punição dos ‘participantes’”. E é deste contexto que se extraem as modalidades da acessoriedade qualitativa “que se distinguem entre si consoante os elementos do crime que se considera deverem existir no facto principal”¹⁷⁹.

Nesse sentido, a “gradação” da acessoriedade é relacionada a partir dos elementos do crime. Em se entendendo serem eles quatro (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade), também quatro as modalidades de acessoriedade qualitativa¹⁸⁰, de modo a tornar possível estabelecer limite para a punição do partícipe desde o fato do principal do autor.

É de MAYER a tradicional classificação da acessoriedade, que é apresentada a depender de ser “forte” ou “fraca” a relação de dependência, em quatro graus ou níveis¹⁸¹.

i) Acessoriedade mínima. Segundo essa forma, a punibilidade da participação depende unicamente de que o autor tenha realizado um *tipo legal* (ação típica)¹⁸², sendo indiferente a sua juridicidade¹⁸³. De acordo com essa teoria, sustenta-se a punibilidade ainda que a conduta do autor esteja amparada por uma causa de justificação, ou seja, pune-se aquele que empresta a arma para outrem se defender legitimamente de um ataque que

¹⁷⁸ José Cerezo Mir. *Obras completas I. Derecho penal – parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1002-1003. Bitencourt, a este respeito, chega a afirmar que a *acessoriedade da participação* “não tem navegado em águas tranquilas” (Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 495). Algum autor tem tratado deste tema, a nosso ver erroneamente, como sendo “teorias sobre a participação” (PEREIRA, Marcelo Matias. ALMEIDA, André Vinícius Espírito Santo de. *Erro e concurso de pessoas no direito penal*. São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004).

¹⁷⁹ Tudo conforme Henrique Salinas Monteiro. *Op. Cit.*, p. 309. Esclarece o autor, ainda, que o problema da comparticipação nos delitos especiais está relacionado com a acessoriedade qualitativa, na medida em que, dela se torna possível responsabilizar o participante pelos elementos do crime realizados pelo fato principal do autor, ainda que não verificados na contribuição do primeiro. Ao revés, a acessoriedade quantitativa diz respeito especialmente à matéria da tentativa.

¹⁸⁰ *Idem, Ibidem*, p. 309.

¹⁸¹ Max Ernest Mayer. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 484 e s. Classificação, ao que consta, que remonta há mais de meio século (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 590).

¹⁸² Max Ernest Mayer. *Op. Cit.*, p. 484 e s.

¹⁸³ Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 495.

sofre.¹⁸⁴ A doutrina hoje é praticamente unânime em reconhecer a inexistência de qualquer sentido negativo de valor em um ato formalmente típico, mas justificado, não havendo, portanto, supedâneo para a punição da participação em tais hipóteses¹⁸⁵, o que seria uma incongruência¹⁸⁶.

ii) *Acessoriedade limitada*. A punibilidade do partícipe depende, neste caso, que “el autor haya llenado *antijurídicamente* los extremos de un tipo legal”¹⁸⁷, ou seja, o que se exige é que a conduta do autor seja *típica* e *antijurídica*. Não se exige que o autor principal seja culpável¹⁸⁸.

iii) *Acessoriedade extrema ou máxima*. A punição do partícipe depende do autor ter preenchido antijurídica e também culpavelmente um tipo legal, isto é, depende do inteiro caráter delitivo do fato principal (o fato ser *típico, antijurídico e culpável*)¹⁸⁹. Predominante por muito tempo, tais requisitos guardavam coerência com a concepção de que o crime era ação (o causalismo) e que os demais requisitos eram adjetivos ou qualificações desta ação. Teriam que estar presentes, portanto, para caracterização do fato criminoso (igualado a ação). Apresentava os seguintes problemas indissolúveis: se se ajudava ou instigava um menor de idade ou a um alienado a realização de um delito, não havia um fato principal, pela ausência da culpabilidade. Não havendo autor, tampouco poderia haver partícipe dando ensejo a impunidade¹⁹⁰.

iv) *Hiperaccessoriedade*. A hiperaccessoriedade depende das qualidades pessoais do autor, onde as circunstâncias agravantes e atenuantes pessoais agravam ou atenuam a responsabilidade do cúmplice¹⁹¹.

4.3.4. O tratamento dado à acessoriedade no direito brasileiro

Como já dito anteriormente, segundo a doutrina brasileira, o art. 31 do Código Penal conferiu sede à acessoriedade¹⁹².

¹⁸⁴ Neste sentido: Gonzalo Quintelo Olivares. *Parte general del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 631; José Cerezo Mir. *Op. Cit.*, p. 1002-1003; e Mayer, citando como exemplo a punibilidade daquele que *induz* outro a um exercício lícito do direito de correção (Max Ernest Mayer. *Op. Cit.*, p. 485).

¹⁸⁵ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 829. José Cerezo Mir. *Op. Cit.*, p. 1002-1003.

¹⁸⁶ Gonzalo Quintero Olivares. *Op. Cit.*, p. 631.

¹⁸⁷ Max Ernest Mayer. *Op. Cit.*, p. 485.

¹⁸⁸ Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 495.

¹⁸⁹ Max Ernest Mayer. *Op. Cit.*, p. 485.

¹⁹⁰ Cf. Juan Bustos Ramírez. *Op. Cit.*, p. 1082-1083 e Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 590.

¹⁹¹ Max Ernest Mayer. *Op. Cit.*, p. 485.

No que diz respeito à acessoriedade quantitativa, o citado dispositivo claramente condicionou a existência da punição do partícipe ao início da execução do ilícito típico do autor¹⁹³. Diferentemente da Alemanha, no Brasil não se pune a participação tentada.

O que acontece, como em outros países, é a punição expressa e autônoma da conduta do partícipe, caso em que não haverá incidência do princípio da acessoriedade. Como exemplo, podem ser citadas as hipóteses previstas nos arts. 122, 227, 288 etc.¹⁹⁴.

E mais: acolheu a acessoriedade limitada¹⁹⁵. Aliás, o tema da gradação da acessoriedade tem relevo no Brasil, tendo diante das inúmeras opiniões doutrinárias no que diz respeito ao conceito analítico de crime¹⁹⁶ e que nem sempre é relacionada coerentemente com a interpretação dada ao art. 31¹⁹⁷.

Para nós, tem razão Batista ao afirmar que crime é todo fato típico e ilícito, tendo em vista a terminologia adotada em vários artigos do Código Penal¹⁹⁸.

¹⁹² Ver, entre tantos, Nilo Batista. *Op.Cit.*, p. 163-164. Em sentido contrário, de que o Código Penal brasileiro não adota a teoria da acessoriedade em nenhuma das formas está Ramos, apoiada na posição de Everardo da Cunha Luna (*Capítulos de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 157), nos seguintes termos *in verbis*: “O Código Penal brasileiro não adota a teoria da acessoriedade em nenhuma de suas formas. A expressão ‘na medida de sua culpabilidade’, como mais tarde veremos mais detidamente, não quer significar que a teoria da acessoriedade limitada foi adotada.” (Beatriz Vargas Ramos. *Do concurso de pessoas – contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 73-74). Acontece que a autora conclui, segundo nosso entendimento, com base em errôneo referencial: a expressão “na medida de sua culpabilidade”, e não do próprio art. 31, este sim, a exemplo do que acontece da doutrina estrangeira em dispositivos semelhantes, com conteúdo ligado diretamente à acessoriedade (nas duas perspectivas). A lei é clara quando condiciona as três modalidades de participação (segundo alguns, três) a tentativa do **crime**. Saber o significado de crime vai depender, como já exposto, da posição que se adote em relação aos seus elementos.

¹⁹³ Ressalvada a opinião de Beatriz Vargas Ramos, de acordo com a nota anterior.

¹⁹⁴ Apenas para citar alguns exemplos. V., a respeito, Paulo José Costa Jr. *Op. Cit.*, p. 244).

¹⁹⁵ De acordo com a posição majoritária da doutrina. Diverge, entretanto, Queiroz, considerando a teoria da acessoriedade limitada incompatível com nosso sistema, a partir dos seguintes argumentos, em síntese: *i*) a inculpabilidade do autor implica o reconhecimento do caráter não criminoso do fato principal; *ii*) a teoria limitada torna a participação independente da autoria, negando-lhe a acessoriedade; *iii*) absolver o autor e punir o partícipe viola o princípio da proporcionalidade; *iv*) nem sempre é possível diferenciar as excludentes de ilicitude e culpabilidade (p. ex., coação moral irresistível e legítima defesa de terceiro) (Paulo Queiroz. *Op. Cit.*, p. 268). Ramos também defende a teoria da acessoriedade máxima a qual é perfeitamente adequada ao Código Penal, segundo sustenta, diante de parecer ele “não ter tomado posição frente à questão dos graus de acessoriedade” (Beatriz Vargas Ramos. *Op. Cit.*, p. 4-42 e 48 e s.

¹⁹⁶ Completa referência sobre os autores que adotam este ou aquele conceito analítico de crime pode ser encontrada na obra de Celso Delmanto *et al.* *Op. Cit.*, p. 119 e s

¹⁹⁷ É o caso, p. ex., de Marques quando diz: “as dificuldades que entendem existir os adversários da acessoriedade, para a explicação de certos casos de co-delinquência, onde o autor principal não é punível, são de todo inexistentes, desde que se fixe que se exige no ato principal a ilicitude a *parte objecti*, isto é, o *fato típico e antijurídico*” (nosso *italico*). No entanto, ao atribuir o conceito (formal) de crime, sustenta como sendo um “fato típico, antijurídico e culpável” (José Frederico Marques. *Tratado de direito penal – da infração penal*. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1965, p. 8 e 310). Guarda coerência com as perspectivas Queiroz, que ao conceituar crime como sendo fato típico, ilícito e culpável, adota a teoria da acessoriedade extremada porque, afora outros argumentos, “a inculpabilidade do autor implica o reconhecimento do caráter não criminoso do fato principal” (Paulo Queiroz. *Op. Cit.*, p. 156 e 268).

¹⁹⁸ Assim sustenta Batista: “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

4.3.5. Acessoriedade *versus* fundamento da punição da participação

Muitas vezes, o fundamento da punição da participação é intimamente ligado à ideia da acessoriedade, gerando confusão entre o que é “fundamento da responsabilidade do partícipe” e os requisitos que deve reunir a “imputação do injusto da participação”¹⁹⁹.

Não obstante tratarmos de forma mais aprofundada no próximo tópico das teorias que buscam o fundamento da punição da participação, adianta-se que a dita imprecisão é verificada na *teoria pura da causação*, ao sustentar a tipicidade independente da participação, concebendo a acessoriedade como dependência fática (LÜDERSEEN) ou legal (SCHMIDHÄUSER); na *teoria da causação ou do favorecimento orientada à acessoriedade*, quando entende que a lesão ou colocação em perigo do bem por parte do partícipe só é possível por meio do autor, ou seja, o injusto do partícipe é derivado *totalmente* do injusto do autor; ou também na *teoria do ataque acessório ao bem jurídico*, quando o injusto do partícipe é derivado *parcialmente* do injusto do autor²⁰⁰.

De acordo com PEÑARANDA RAMOS seguindo herzberg, supera-se a confusão a partir do estabelecimento da diferença entre dois aspectos que contém a ideia da acessoriedade, o negativo e o positivo.²⁰¹

Do *aspecto negativo da acessoriedade*, entende-se que é condição necessária para que haja responsabilidade dos participantes, a realização pelo fato principal dos elementos do crime considerados necessários para a punição, a depender da modalidade de acessoriedade qualitativa que se adote. Este aspecto da acessoriedade é complementado por outro, em sentido inverso, designado de *acessoriedade positiva*, “nos termos do qual a realização pelo facto principal dos elementos do crime que se considera nele deverem verificar-se constituiria condição suficiente para que passassem a influenciar a

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*”. (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 165.

¹⁹⁹ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 167.

²⁰⁰ Idem, *Idibem*.

²⁰¹ Cf. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Civitas, 1990, p. 326 e ss. e ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento e límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 167.

responsabilidade dos ‘participantes’, ainda que estes últimos não os tivessem realizado – desde que, obviamente, os ‘participantes’ pudessem efetivamente ser responsabilizados, por terem realizado os restantes elementos do crime, não acessórios”.²⁰²

Assim, enquanto o aspecto negativo limita a punibilidade do partícipe, porque exige requisitos mínimos (de acordo com as modalidades da acessoriedade) – o que é regulado por lei – o aspecto positivo estende o fato principal do autor para o partícipe, quando este último não realize por ele mesmo as características do tipo em questão²⁰³.

A partir desta distinção, para PEÑARANDA RAMOS o aspecto positivo da acessoriedade possui características materiais ligadas ao fundamento da pena da participação, baseando seu limite em outros princípios de caráter prevalente. Ao revés, acessoriedade propriamente dita (aspecto negativo) serve para impedir uma extensão incontrolada da punibilidade²⁰⁴.

4.4. A participação criminal no direito brasileiro: esclarecimento terminológico

A participação consiste na colaboração no fato do autor²⁰⁵. Tal intervenção se manifesta em diversas formas fundamentais, que a doutrina brasileira não apresenta de forma unânime, ou com uma clareza terminológica²⁰⁶. A razão disto se dá, a nosso ver, por conta da opção do legislador de 1940 em acolher com o conceito unitário de autor, ressalvadas as peculiaridades interpretativas da doutrina já mencionadas.

²⁰² Conjugando estes dois aspectos, segundo MONTEIRO, resultaria que “a existência de certos elementos do crime no facto principal constitui condição necessária e também condição suficiente para que a responsabilidade dos ‘participantes’ seja influenciada por eles (MONTEIRO, Henrique Salinas. *Comparticipação em crimes especiais no código penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 310).

²⁰³ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento e límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 168-169.

²⁰⁴ V. Enrique Peñaranda Ramos. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Civitas, 1990, p. 335 e Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 169.

²⁰⁵ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 824. Para Mir Puig a participação é a intervenção a um fato alheio, esclarecendo que *participação* pode apresentar dois sentidos distintos. Em sentido amplo, muitas vezes seu emprego refere-se a todas as formas de intervenção do fato (incluindo a autoria). Mas em sentido estrito, *participação* se contrapõe a autoria. Em acréscimo, o termo *intervenção* é utilizado por ele para abranger tanto a autoria como a participação (Santiago Mir Puig. *Op. Cit.*, p. 396). O esclarecimento também é feito por Hans Welzel. *Derecho penal alemán – parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, 2ª ed. castelhana, p. 160. Entre nós, frequentemente emprega o termo em sentido amplo Antônio José Fabrício Leiria. *Op. Cit.*. Neste trabalho a expressão *participação* é empregada em sentido estrito, sendo uma das formas do *concurso de pessoas*.

²⁰⁶ Conforme alerta Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 5 e s.

Corolário desta escolha foi que nossa lei não cuidou expressamente das formas de participação, em sentido estrito, não obstante a disposição dos arts. 31 e 122 do CP, ficando a cargo da doutrina mencioná-las, muitas vezes com base no direito estrangeiro²⁰⁷.

Ainda no que se refere aos termos legais, a sistemática brasileira utilizou no art. 29, assim como no revogado art. 25, a cláusula genérica “de qualquer modo” ao referir-se a quem concorre para o crime, dando uma amplitude praticamente ilimitada para o enquadramento de figuras de participação²⁰⁸, não se vinculando às clássicas figuras²⁰⁹, ou aos exemplos mencionados no art. 31 do CP, o que também contribui com as divergências terminológicas.

De todo modo, é importante mencionar as formas que alguns autores brasileiros têm utilizado para especificar a participação, por questão de metodologia, para a partir daí estabelecer os motivos de acolhimento da nossa preferência por esta ou aquela classificação, que será adotada no curso do trabalho.

Parte da doutrina apresenta três formas de participação, com base no revogado art. 27, atual art. 31: a *determinação*, *instigação* e o *auxílio*²¹⁰. Apoiando-se em uma distinção tradicional em que a participação pode ser *material* ou *psíquica (moral, intelectual)*, *direta* ou *indireta* (em relação à execução do crime), consideram como *participação material direta* a cooperação imediata no ato de execução (ainda que se trate de *presença encorajadora* ou *solidarizante*, ou para o fim de *vigilância preventiva*)²¹¹. *Participação psíquica direta* é a *determinação* ou *instigação* para a execução do crime. Por fim, *participação indireta* “é a que ocorre sem concurso à execução, posto que não represente,

²⁰⁷ Não que disposição legal específica a respeito impedisse “correções” classificatórias pela doutrina, como acontece na sistemática portuguesa em que a instigação (assim entendida como a conduta dolosa em determinar outra pessoa à prática do crime) foi equiparada pela lei como verdadeira autoria, fazendo com que doutrina a considerasse como cumplicidade (Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 824). Sob este aspecto, portanto, a omissão legal é positiva. Nesse sentido, preferindo a não definição legal a teses de forma de participação *numerus clausus* está Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 492.

²⁰⁸ Está é a afirmação de Esther de Figueiredo Ferraz. *Op. Cit.*, p. 121-122. Preso ao pensamento da sua época em relação ao dogma causal, Alves estabelece limite à locução “de qualquer modo”, como sendo qualquer atividade do coparticipante em que se comprove a relação de causa e efeito com o resultado punível, além do vínculo subjetivo, de acordo com a teoria da equivalência das condições (Roque de Brito Alves. *Direito penal*. Recife: Labograf, 1976, p. 520). A afirmação de que a locução legal citada pode acolher ilimitadas formas de participação se comprova quando Franco, ao tratar do tema, aponta nove figuras, a partir da doutrina e jurisprudência. São elas, o ajuste, a determinação e instigação, o apoio moral em razão da presença física, a associação criminosa, organização e chefia, o auxílio, o auxílio e a cooperação, o auxílio e adesão sem prévio acordo, o auxílio subsequente prometido antecipadamente, e a convivência (Alberto Silva Franco; Rui Stoco. *Op. Cit.*, p. 441-454)).

²⁰⁹ Assim entende-se por “clássicas figuras” aquelas mencionadas no revogado art. 27, atual art. 31, o ajuste, a determinação, a instigação, e o auxílio, segundo Ferraz, que ainda acrescenta a execução, forma a que se refere à lei quando fala em crime “pelo menos tentado” (Esther de Figueiredo Ferraz. *Op. Cit.*, p. 121-122).

²¹⁰ Nelson Hungria. *Op. Cit.*, p. 405-406.

²¹¹ Aos partícipes, em tal caso, se chamam *executores* ou *cooperadores imediatos*.

ainda que tacitamente, determinação ou instigação. A esta forma de participação dá-se o nome, em *sentido estrito*, de *auxílio*²¹².

Também com base no art. 31, há quem considere entre os “modos de concorrer” a determinação, a instigação, o ajuste e o auxílio, que se desdobram em uma *infinidade de formas criminosas* e que parecem estar contidas nas modalidades acima, sendo as mais importantes o mandato (quando alguém, no seu interesse exclusivo, atribui a outra pessoa a tarefa de executar o crime), a ordem (é o mandato para prática de um crime que parte de um superior a um inferior, agindo em abuso de autoridade), a coação (mandato para delinquir com o emprego de ameaça), o conselho (que é a instigação a alguém com o fim de induzi-lo a cometer um crime por sua conta e utilidade exclusivas) e a sociedade (pacto de várias pessoas com o fim de consumir um crime para utilidade comum)²¹³.

Outros, consideram três os tipos de participação com a seguinte variante: a *instigação*, o *induzimento* e a *cumplicidade*²¹⁴. A instigação é considerada uma espécie de participação moral, em que o partícipe age sobre a vontade do autor²¹⁵, determinando-o à prática do crime²¹⁶. O induzimento também é uma modalidade psíquica da participação, e significa persuadir alguém à prática de um ato quando ainda não existe uma decisão anterior a respeito²¹⁷. Finalmente, cumplicidade é a participação material, em que a pessoa presta auxílio à ação criminosa, por ação ou omissão (quando o agente tem o dever genérico de agir)²¹⁸.

Há, ainda, autores que entendem no âmbito da cumplicidade restrita espécies tais como a figura do *indutor*, do *auxiliar*, do *instigador*, do *conselheiro*, e do *mandante*,

²¹² Idem, Ibidem, p. 405-406. De acordo com tríplice forma: Janaina Conceição Paschoal. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Manole, 2003, p. 88.

²¹³ Tudo conforme Esther de Figueiredo Ferraz. *Op. Cit.*, p. 124-125. Nesse sentido, também se posiciona Marques, ao se referir ao art. 27 (atual art. 31): “daí as distinções que o Código foi obrigado a estatuir, sem embargo da equiparação das diversas condutas consagradas pelo art. 25” (José Frederico Marques. *Op. Cit.*, p. 311), e Silva, ao afirmar em relação ao revogado art. 27 que a “referencia às diversas formas de comparticipação criminosa prova que o legislador não pôde esquecê-las completamente. *Naturam expelles furca, tamen usque recurret* (Antônio José da Costa Silva. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., rev. e atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, p. 159).

²¹⁴ Esta é a posição de René Ariel Dotti. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 356-357, e parecer se a de Bitencourt, apesar de sua referência no sentido de que “a doutrina, de um modo geral, tem considerado, porém, duas espécies de participação: *instigação* e *cumplicidade* (Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 492-493).

²¹⁵ De acordo com Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.* p. 493. Para Dotti, a instigação é uma forma de participação intelectual (René Ariel Dotti. *Op. Cit.*, p. 356), denominação imprópria, segundo Bruno, porque “o partícipe, de qualquer categoria que seja, concorre sempre com uma ação para a realização do fato; a interferência do concorrente vai sempre além do puramente intelectual (Aníbal Bruno. *Op. Cit.*, p. 272, nota de rodapé n. 14).

²¹⁶ René Ariel Dotti. *Op. Cit.*, p. 356.

²¹⁷ Idem, Ibidem, p. 357. Bitencourt lembra que alguns autores têm denominado “determinação”, o que ele prefere chamar de induzimento (Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 493).

²¹⁸ René Ariel Dotti. *Op. Cit.*, p. 357.

estando as três primeiras delineadas no art. 122 do Código Penal. O indutor é o que inocula, na mente do incauto, o germen do crime, fazendo nascer a ideia criminosa. O instigador incentiva e alimenta uma ideia ilícita preexistente. O auxílio é prestado por meio de uma assistência de cunho material. No conselho o agente se vale dos mais variados recursos da persuasão, com um elogio ou panegírico do fato delituoso, utilizando, em geral, de meios de indução e instigação de forma conjugada para fazer amadurecer a convicção do aconselhado, sendo uma forma subreptícia de levar outrem ao crime. Por fim, no mandato criminal, há uma determinação do mandante para que o mandatário execute a ação delituosa²¹⁹.

Finalmente, para outros²²⁰, dois são os modos de participação, ao que consta posição majoritária²²¹: a *instigação* e a *cumplicidade*.

Nesse sentido, de acordo com Batista, a *instigação* corresponde à colaboração espiritual do delito alheio, assim entendida como “a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso”²²², subdividindo-se em *determinação* e *instigação em sentido estrito*. 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”²²³. A *cumplicidade*, por sua vez, é a dolosa “colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso”²²⁴.

²¹⁹ Antônio José Fabrício Leiria. *Op. Cit.*, p. 110 e 111.

²²⁰ Podendo ser mencionados os seguintes: Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal – parte geral*. 2ª ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 256; Paulo José Costa Jr.. *Op. Cit.*, p. 235-236 e 242-243, ao mencionar a existência de *participação material* e *psicológica*, não obstante tenha estabelecido distinções entre o *ajuste*, a *determinação* e o *auxílio*, não os tratou expressamente como formas de participação; Zaffaroni, Eugenio Raúl e José Henrique Pierangeli. *Op. Cit.*, p. 597-600; e Juarez Cirino dos Santos. *Op. Cit.*, p. 367; Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 157; Rogério Grego. *Op. Cit.*, p. 53-55; e José Danilo Tavares Lobato. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

²²¹ Conforme afirma Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 5.

²²² Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 157 e 182.

²²³ *Idem, Ibidem*, p. 157 e 182-183.

²²⁴ Seguindo a posição de Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 186. No mesmo sentido Ivette Senise Ferreira. *Op. Cit.*, p. 47. Note-se que Greco, na esteira da doutrina alemã, adota a terminologia dicotômica acima referida, porém, considera a cumplicidade como sendo *material* (como p. ex., o auxílio ao emprestar um machado para que o vizinho cometa o homicídio), ou *psíquica* (simplesmente aconselhar o vizinho ao homicídio), ao passo que a instigação somente é considerada a provocação de praticar o fato em alguém ainda não decidido. Contudo, novamente de acordo com Batista, a divisão utilizada pela doutrina germânica é fundada no revogado art. 49 do Código Alemão, e não pode ser transferida para o direito brasileiro, “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 (art. 31 e 122 CP), ou, quando não o seja, com evidentes conotações de assistência material (arts. 248 e 349 CP)” (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 157 e 182-183).

Assim, considerando que o escopo do trabalho é de oferecer solução dogmática e de método ao problema das ações neutras, não faremos qualquer referência à *instigação* na sua modalidade *determinação*, ainda que seja possível que uma ação cotidiana também gere em alguém a decisão de praticar um fato criminoso²²⁵.

O problema da punibilidade da participação no delito alheio será tratado, portanto, a partir da cumplicidade (colaboração de ordem física, que o legislador brasileiro chamou de auxílio)²²⁶ e da instigação propriamente dita (de reforçar o autor à sua preexistente resolução de sua vontade criminosa)²²⁷.

4.5. Fundamento do injusto da participação: o limite mínimo da participação

Como já dito em vários momentos, o fundamento legal da participação é encontrado no art. 29 do CP, interpretado no sentido de se diferenciar a autoria da participação, em que pese ter adotado a teoria unitária, segundo parte da doutrina, com todas as ressalvas feitas pela doutrina contrária, conforme explicado no item anterior.

Contudo, o que se discute aqui é o fundamento material da punição da participação, tema pouco explorado na doutrina nacional, como chamam a atenção Batista²²⁸ e Greco²²⁹.

Como pressuposto lógico, só há necessidade de se fundamentar a punição da participação criminal quando se parte de um sistema diferenciador de autoria. É que no sistema unitário de autor, a punibilidade dos intervenientes deriva diretamente do tipo. A

²²⁵ Como exatamente ressalva Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 6-7. Para que fique bem claro nosso corte epistemológico, repita-se o que foi dito em nota anterior: na classificação de Greco, com base na doutrina alemã, *instigação* é a provocação no autor da decisão de praticar o fato, modalidade mais grave de participação, e *cumplicidade* é o auxílio, material ou psíquico, para que o autor pratique o fato. *Cumplicidade psíquica* existirá, portanto, quando o partícipe aconselha a melhor maneira para que o autor pratique o fato.

²²⁶ Afora as já citadas divergências terminológicas que acarreta a necessidade de, não só em se adotar um ou outro nome ao aspecto da intervenção, como também de especificá-la, a própria abrangência do sentido da palavra cumplicidade já justificaria esta exigência. Esclarece Franco: “esta palavra cumplicidade veio do latim, formada pela conjugação do prefixo ‘cum’ (preposição) e do adjetivo ‘plexus’, significando, de maneira geral, o laço de união que une todos os que participam de um crime, tal ou qual, ao passo que, em sentido restricto, cumplicidade e cúmplice significam elementos secundários. A locução, *cum* e *plexus*, se traduz, assim, por ligado, enlaçado, unido com, sendo ‘plectere’ (punir, castigar) o verbo de origem” (Ary Azevedo Franco. *Direito penal – apontamentos de um curso*. Rio de Janeiro: Almeida Marques & C., 1934, p. 218).

²²⁷ Utilizando-se, assim, a terminologia empregada por Nilo Batista. *Op. Cit.*

²²⁸ Em suas próprias palavras: “entre nós não se observa a preocupação de fundamentar a responsabilidade penal na participação” e, ao se referir à Hungria, conclui que “quando se esboça uma iniciativa a miragem da ‘eficiência causal’ logo transvia o raciocínio” (Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 158).

²²⁹ Que além de mencionar o trabalho de Nilo Batista referido na nota anterior, cita a respeito as considerações – sucintas – de Cézaro Roberto Bitencourt em seu *Tratado de direito penal...*, p. 494 (Cf. Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 43).

pena de cada participante se fundamenta na realização do fato diretamente proibido pelo direito penal, estando ela, portanto, derivada diretamente dos tipos da Parte Especial²³⁰.

Ao revés, ao se adotar o sistema diferenciador, aceitam-se duas categorias de interventores puníveis: um grupo de participantes principais (os autores), cuja punição deriva diretamente do tipo penal, e outros sujeitos (como o *cúmplice*), que intervêm de maneira secundária, acessória, não realizando diretamente a figura típica contida na Parte Especial²³¹.

Justamente por não realizar diretamente a figura típica, a participação supõe sempre uma extensão da punibilidade²³², necessitando de outra fundamentação, especial²³³, a fim de se saber por que motivos e com que limites deve ser punida²³⁴.

Para Maurach, Gössel e Zipf, a doutrina sempre realizou esforços para demonstrar o conteúdo do comportamento punível do partícipe, quando na verdade deveria investigar o fundamento da pena na participação. Assim, p. ex., na chamada teoria da participação na culpabilidade, como se verá abaixo, somente se afirma que a conduta punível do partícipe representa uma participação na culpabilidade alheia, mas não responde à pergunta de qual o motivo da conduta do partícipe ser punível em tais casos²³⁵.

Robles Planas, numa visão mais crítica, lembra que tradicionalmente se vem utilizando as expressões “fundamento da pena” ou “fundamento do castigo”, interpretadas da palavra alemã *Strafgrund*, para referir-se ao presente objeto de estudo. No entanto, pondera que preferível é usar o termo “fundamento do injusto”, já que o fundamento da pena ou do castigo da participação não oferece problema algum: é idêntico o da autoria²³⁶. Na presente tese, os termos serão utilizados indistintamente.

²³⁰ Assim, p. ex., quando o legislador prevê o tipo de homicídio, o que ele quer é motivar os cidadãos a não praticarem condutas de colaboração na morte de terceiro. Levado a cabo esta conduta, responderá o agente pelo crime de homicídio por fazer aquilo que a lei penal queria evitar. A fundamentação da punição do causador direto é a mesma do autor que apoia a realização dos elementos típicos (Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 114).

²³¹ *Idem, Ibidem*, p. 114. No mesmo sentido, Robles Planas, ao afirmar que tanto na Espanha como na Alemanha, entende-se que o fundamento do injusto não pode ser o mesmo para o autor e para o partícipe, o que vem justificado pela aceitação conceito restritivo de autor (*Op. Cit.*, p. 118).

²³² Se por um lado, só o autores realizam o tipo de injusto da Parte Especial, de outro, a participação pressupõe sempre uma extensão da punibilidade. O problema, conclui, surge na hora de encontrar a razão desta punibilidade (Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 118).

²³³ Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 737.

²³⁴ Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 114.

²³⁵ Ver, como mais explicações, Reinhart Maurach; Heinz Zipf; Karl Heinz Gössel (Atualizador). *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2, p. 412-13.

²³⁶ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 117. No mesmo sentido, sem detalhar suas justificativas, está Günther Jakobs. *Derecho penal – parte general – fundamentos y teoría de la imputación.*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 794.

Em geral, a razão de ser e de se teorizar a respeito do fundamento de punição da participação existe porque é a partir de tais teorias que será possível identificar um ponto de vista interpretativo, com base no qual “podemos restringir a punibilidade, interpretar restritivamente as normas punitivas da participação”,²³⁷ seja nos casos em que haja tipicidade pouco definida de modo a ampliar a penalização das intervenções que não guardam requisitos da participação (p. ex., a chamada *criminalidade organizada*), seja nas hipóteses de punição dos avanços genéricos e abstratos da participação (como a *conspiracy*)²³⁸.

Em outras palavras e de forma objetiva, pode-se afirmar acompanhando Robles Planas que os limites da imputação do partícipe depende do fundamento com o qual se justifica seu injusto, isto é, “a razão que legitime a ampliação da punibilidade a condutas que não realizam diretamente o tipo”²³⁹.

No que diz respeito à presente tese, a teorização sobre o injusto da participação que justifica seu castigo é voltada especialmente para solucionar os casos envolvendo as já explicadas ações neutras ou cotidianas.

Várias são as teorias que visam fundamentar a responsabilidade criminal para as formas de participação delitiva²⁴⁰, sendo comum autores apontarem somente as duas principais (a teoria da corrupção ou da culpabilidade e a teoria da causação ou do favorecimento)²⁴¹. Como se verá, algumas teorias aparecem sequencialmente como superação dos pressupostos das anteriores, não podendo dizer, segundo Gomez Rivero, que nenhuma tenha sido totalmente abandonada²⁴², ou que tenha podido encontrar uma

²³⁷ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 44. Similar, Robles Planas, “puede afirmarse que los límites de la imputación al partícipe dependen del fundamento con el que se justifique su injusto, esto es, de la razón que legitime la ampliación de la punibilidad a conductas que no realizan directamente el tipo” (Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 118).

²³⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 792.

²³⁹ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 119. Igualmente, digno de nota que a defesa de uma ou outra teoria a esse respeito poderá também repercutir em todo o tratamento dado para a participação criminal, como o próprio conceito de partícipe, a exigência ou não do nexo de causalidade ao fato principal, o objeto de referencia do seu dolo, o castigo ou a impunidade do partícipe *extraneus* nos delitos especiais próprios etc. (Maria Carmen Lopes Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 114-115).

²⁴⁰ Cf. Maria del Carmen Gomez Rivero. *La induccion a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 42.

²⁴¹ V. Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 825; Santiago Mir Puig. *Op. Cit.*, p. 397 e Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 494. Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 43-44, menciona também uma terceira, de conteúdo variado.

²⁴² Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 42. Em sentido contrário, vários autores afirmam que a teoria da corrupção foi abandonada pela incompatibilidade com o texto legal dos diversos países, conforme será melhor esclarecido adiante, ao se comentar referida teoria.

resposta satisfatória²⁴³. A polêmica em torno da punição das ações neutras é um exemplo disto.

A análise de cada uma das teorias será feita basicamente de acordo com Lopez Peregrin, dividindo-as em dois grupos, segundo se baseiam na ideia da corrupção ou, ao contrário, no conceito de contribuição a lesão do bem jurídico protegido (seja direta ou indiretamente, por meio do autor)²⁴⁴.

Como lembra Roxin e será visto a partir das teorias que seguem, a discussão sobre o fundamento penal da participação tem se movido, há muito tempo, em torno da questão se o injusto da participação seria independente ou se derivaria do injusto do fato principal²⁴⁵.

É só a partir da presente exposição que será possível elaborar o próprio ponto de vista, o que será feito ao final.

4.5.1. A corrupção do autor como fundamento da punibilidade da participação: teorias

O primeiro grupo de teorias vê na participação um ataque contra o autor principal, ou seja, tem a participação um conteúdo de injusto diverso do fato principal, o qual seria punido por representar uma agressão ao bem jurídico²⁴⁶. O partícipe será castigado, desse modo, por transformar a outra pessoa em *delinquente* ou contribuir a fazê-lo²⁴⁷.

A base desta teoria, como explica Julio Fierro, são as concepções religiosas provenientes dos comentaristas italianos da Idade Média (particularmente Farinaccio), época em que a atividade do participante do crime era considerada um verdadeiro ataque à moralidade da alma e sua relação individual com Deus, por isso encontrando fundamento na sua punição por ter conduzido o autor à culpabilidade e à pena (*peccat in se et alium peccare facit*)²⁴⁸.

Assim, a teoria da corrupção ou da culpabilidade tem como ênfase a atuação do participante **sobre a pessoa do autor**, justificando a punição quando há “corrupção” da

²⁴³ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 118.

²⁴⁴ Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 114-115.

²⁴⁵ Claus Roxin. “Acerca del fundamento penal de la participación”. In: *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007, p. 485.

²⁴⁶ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 43-44.

²⁴⁷ Santiago Mir Puig. *Op. Cit.* p. 397.

²⁴⁸ Guillermo Julio Fierro. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 31-32.

vontade do autor pelo participante²⁴⁹. A medida da culpabilidade do partícipe dependente, dessa maneira, da existência e medida da culpabilidade do autor²⁵⁰. Somente de forma secundária, tem-se em conta a participação como intervenção na lesão que põs em perigo o bem jurídico²⁵¹.

Como exemplo, se “A” estimula “B”, menor de 15 anos, a praticar o homicídio de seu inimigo, “A” não será punido participante com o homicídio praticado por “B”, tendo em vista a falta de culpabilidade deste último (a culpabilidade é exigência da acessoriedade máxima, como já visto).

No entanto, a teoria da culpabilidade tem sido rechaçada pelo menos por dois motivos, sendo considerada abandonada pela doutrina majoritária.²⁵²

Primeiro pela sua incompatibilidade com os textos legais de diversos países que, como o brasileiro, parte do princípio da acessoriedade limitada em que a responsabilidade do partícipe independe da do autor²⁵³. No caso brasileiro, a acessoriedade foi adotada no art. 31 do CP, ao prever que “o ajuste, a determinação ou instigação e auxílio, salvo expressa disposição em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.” E foi prevista de forma limitada, apesar de minoritária divergência, já que para o legislador brasileiro crime é conduta típica e antijurídica²⁵⁴.

Depois, em virtude do princípio da autorresponsabilidade, no qual se existe um autor responsável é este o único responsável pela sua culpa²⁵⁵. O direito penal não pode ter

²⁴⁹ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 825.

²⁵⁰ Enrique Bacigalupo. *Op. Cit.*, p. 518.

²⁵¹ Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 114-115.

²⁵² V., por todos, Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 120 e Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 117-118. Defendendo a aplicação da teoria da acessoriedade extremada no direito brasileiro sem, contudo, explicar os motivos a partir da teoria da corrupção, está Paulo de Souza Queiroz. *Op. Cit.*, p. 267 e s., e Aldeleine Melhor Barbosa. “Porque adotar a teoria da acessoriedade extremada da participação”. In: *BOLIBCrim*, n. 191, out. 2008, artigo em coautoria com o primeiro autor já citado.

²⁵³ Cf. Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 43; Enrique Bacigalupo. *Op. Cit.*, p. 518; e Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 487. Em Portugal, p. ex., ela contraria o disposto no art. 29.^a, segundo o qual “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”. Assim, conclui Dias que não se pode fundar a punição do *cúmplice* na ideia de que ele é con-culpado pela conduta do autor já que de acordo com a lei portuguesa pode ser castigado por homicídio, p. ex., aquele que auxilia um inimputável, a seu insistente pedido, a matar outra pessoa (Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.* p. 825). No mesmo sentido, na Alemanha o abandono se deu quando, a partir de 1943, consagrou-se em seus textos legais ser suficiente para punição do partícipe o cometimento pelo autor de um fato típico e antijurídico, entendimento mantido na reforma de 1975, de acordo com o que dispõe o §29: cada partícipe será castigado “según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro” (cf. Hans-Heinrich Jescheck; Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 737; Cezar Roberto Bitencourt. *Op. Cit.*, p. 494 e Santiago Mir Puig. *Op. Cit.*, p. 397). Note-se que a teoria da corrupção é compatível com o a *acessoriedade máxima*, que exige para punição que o autor principal seja culpável (Maria Carmen Lopez Pelegrin. *Op. Cit.*, p. 116).

²⁵⁴ Conforme expusemos anteriormente em tópico próprio, ao tratar da acessoriedade.

²⁵⁵ Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 43.

como função proteger a disposição natural que cada um tem para cumprir a lei, sob pena de se torna um instrumento paternalista e moralizante²⁵⁶.

Nas últimas décadas, de acordo com Lopez Peregrin, dois autores mantêm posição que se aproxima à ideia de corrupção, mas com distintos critérios fundamentadores. São eles Hellmuth Mayer e Stefan Treschel.²⁵⁷

Neste contexto, Mayer apresenta uma teoria complexa para determinar os sujeitos responsáveis pelo crime, podendo ser denominada de *teoria da dupla natureza dos preceitos sobre participação*²⁵⁸.

Considerando o conceito restritivo de autor, julga a regulação legal da participação como ampliação de punibilidade. Para justificar esta ampliação, divide as hipóteses de intervenção em dois grupos, a depender do autor ser culpável ou não, justificando a pena do partícipe distintamente em cada uma das hipóteses.

Mayer vincula diretamente a participação em sentido estrito com a acessoriedade máxima, onde para responsabilizar o partícipe é necessária a culpabilidade do autor²⁵⁹. O indutor é punido porque conduz o autor à culpabilidade e à pena e, no caso do cúmplice, porque se converte, ao menos, em conculpável²⁶⁰.

Nestas hipóteses, o fundamento da punibilidade do partícipe existe, por um lado, porque o fato punível realmente se produziu com sua colaboração e, por outro, porque unifica sua vontade com a vontade culpável do autor, dirigida para apoiar o fato deste último. Não se trata, assim, de uma postura baseada exclusivamente na ideia de participação na culpabilidade, uma vez que se leva em conta também a contribuição causal do partícipe ao fato²⁶¹.

²⁵⁶ Maria Carmen Lopez Pellegrin. *Op. Cit.*, p. 117. De acordo com Gomez Rivero, outras consequências insatisfatórias poderiam ser vislumbradas diante da sistemática espanhola, especificamente nos casos de *indução* (influência psicológica, que em nossa terminologia consideremos como sendo *instigação*). Nas palavras dela: “Así, mientras que, por una parte, habría que negar la inducción en los casos en que la actividad incitadora se dirige a modificar esencialmente la primitiva resolución, al existir ya con anterioridad un autor culpable, por otra, afirmaría en todo caso la punibilidad del agente provocador” (Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 43)

²⁵⁷ Maria Carmen Lopez Peregrin. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997, p. 118.

²⁵⁸ Tudo conforme foi sintetizado do pensamento de H. Mayer por Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.* p. 118. Para Jakobs, a teoria de Mayer é considerada *teoria da corrupção como teoria da participação na culpabilidade* (*Op. Cit.*, p. 794).

²⁵⁹ De acordo com a observação de Lopez Peregrin, é nesta vinculação que se identificam os pontos de contato do pensamento do autor com a ideia da corrupção, vale dizer, o castigo do partícipe se baseia na conculpabilidade (*Op. Cit.*, p. 118).

²⁶⁰ Conforme expõe Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 119. A respeito, consultar também Gunter Stratenwerth. *Op. Cit.*, p. 414.

²⁶¹ Cf. Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 120 e Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 42.

O outro grupo de casos é discutido diante da reforma do StGB de 1943, que ampliou a responsabilidade penal para os casos de intervenção a um fato antijurídico de um autor não culpável.

Defende Mayer, contra a opinião majoritária, que a participação em sentido estrito, mesmo nestes casos, continua sendo uma intervenção a um fato culpável, não havendo que se falar em acessoriedade limitada. Reconhece que a ampliação legal de punição a um número maior de casos, impropriamente chamada de participação, deve ter sua justificativa investigada, mas à margem da figura da autoria e da verdadeira participação²⁶².

Assim, para Mayer a nova regulação abrange as hipóteses de autoria, participação e, segundo complementa, a figura da *Urheberschaft*, conceito que engloba casos de intervenção em condutas antijurídicas, mas não culpáveis, como cocausantes do fato. O castigo desta hipóteses, diferente das outras baseadas na conculpabilidade (por não constituir verdadeira participação acessória em fato alheio), se fundamenta na ideia de que seu injusto é análogo ao do partícipe em sentido estrito, vale dizer, o castigo deve reduzir-se aos casos de concausação do resultado em que o injusto seja essencialmente o mesmo que a do fato principal.²⁶³

É criticado pela dupla fundamentação simultânea da participação: ora na conculpabilidade e na intervenção causal, ora justifica o castigo do concausante do fato antijurídico mas não culpável do autor, pela identidade do injusto e porque não há razão para deixar impunes estas hipóteses²⁶⁴.

Uma outra variante da teoria da participação na culpabilidade é a *teoria da desintegração social*²⁶⁵ de Trechsel, que fundamenta a participação do *indutor* diferentemente da do cúmplice²⁶⁶.

²⁶² De acordo com a explicação de Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 121.

²⁶³ “Cabe recordar que se ha intentado solucionar el caso en que el autor actúa sin dolo y el partícipe actúa con dolo de participación, con un supuesto de participación impropia, acudiendo a la figura de la *Urheberschaft*, es decir, de quien presenta la calidad de *Urheber* o *generador*. Con esta figura de la *generación del hecho* se pretendía la creación de una tercera forma de participación, con la que se cubrían los huecos de tipicidad entre la autoría y la participación. Llevaba razón Welzel en cuanto a que este concepto es un recurso artificioso que debe rechazarse, pues no hay junto a la instigación y a la complicidad una figura de *generación del hecho* que sea accesoria de cualquier cosa” (Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 796).

²⁶⁴ Tudo sempre de acordo com as explicações de Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 123.

²⁶⁵ Ou *teoria da corrupção como participação no injusto*, segundo Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 794.

²⁶⁶ Na lembrança de Gómez González, a finalidade desta teoria era fundamentar a pena da instigação, mantendo a conexão causal com o fato principal como critério para fundamentar a pena do cúmplice (Orlando T. Gómez González, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 98).

A punibilidade do *indutor* se baseia no fato de que, ao fazer surgir a resolução criminal do autor, coloca este em conflito com a sociedade. Também será necessário para punição que haja um ataque mediato ao bem jurídico²⁶⁷.

Substitui, portanto, o fundamento de que o *indutor* é punido porque seduz o autor a delinquir, pelo conceito de “desintegração social” (“soziale Desintegration”), ou seja, ele é punido porque fez com que o autor deteriorasse sua relação com o meio social, tornando harmônica sua teoria ao princípio da acessoriedade limitada²⁶⁸.

No que se refere ao cúmplice, apresenta como fundamento a contribuição causal deste último para o fato principal, em nada se referindo a desintegração social²⁶⁹.

Especificamente sobre esta variante da teoria da participação na culpabilidade, segundo Roxin, críticas antigas já são feitas no sentido de que a pena da participação, pela lei, está vinculada ao fato praticado pelo autor e não à magnitude da desintegração ocasionada. Além disso, desta maneira não se poderia explicar a cumplicidade que se presta a um autor com decisão preexistente dele mesmo em cometer o fato, portanto, não podendo ser “desintegrado”²⁷⁰

Finalmente, é conclusivo Jakobs, quando afirma que a teoria da corrupção não explica aquilo que pretende explicar, ou seja, o injusto da participação. Segundo entende, a conexão do marco penal da participação com o marco penal do fato do autor evidencia que a lei atende o injusto do fato, independentemente da corrupção do autor, portanto, incompatível com esta última²⁷¹.

4.5.2. A fundamentação da pena do partícipe e sua contribuição a lesão do bem jurídico

Se de um lado, para a teoria da participação na culpabilidade a conduta do partícipe está vinculada de forma muito estreita com a do autor, por outro, para as *teorias da*

²⁶⁷ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 121-122.

²⁶⁸ Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 45.

²⁶⁹ Tudo conforme explica Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 45 e Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 122.

²⁷⁰ Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 487. Para Lopez Peregrin, referida teoria não oferece nenhuma vantagem. No que diz respeito ao *indutor*, assume os mesmos defeitos da ideia de corrupção do autor e, em relação ao cúmplice, os de uma fundamentação baseada unicamente na causalidade (*Op. Cit.*, p. 122).

²⁷¹ “y es que el partícipe ciertamente suele determinar la corrupción del autor con dominio del hecho: El partícipe hace posible un delito del autor, y habría que fundamentar por qué el partícipe debe responder de que el autor aproveche la oportunidad” (Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 794).

causação o caminho é inverso: a participação consiste na provocação meramente causal ou mesmo voluntária de uma lesão punível de um bem jurídico²⁷².

As chamadas teorias da causação põem em evidência a contribuição do participante não com o **autor** do fato, mas **no fato do autor**, “quer o ilícito da participação *derive* do ilícito do facto do autor, quer aquele se considere *autónomo* perante este”²⁷³. É irrelevante para punição do partícipe, portanto, se o autor atuou ou não culpavelmente²⁷⁴.

Dois grupos, portanto, poderão separar as variantes posturas que defendem esta ideia, conforme considerem que este ataque do partícipe ao bem jurídico se realiza diretamente ou, ao contrário, de forma mediata, por meio de sua contribuição ao fato do autor. Seguindo a divisão estabelecida por Lopez Peregrin, dentro de cada grupo também serão apresentadas diferentes versões²⁷⁵.

4.5.2.1. Teoria da participação independente ou teoria pura da causação (“Die reine Verursachungstheorie”)

No que diz respeito às teorias da causação que buscam determinar o fundamento da participação sem recorrer à acessoriedade do fato principal, na chamada *teoria da causação pura*, a tipicidade independente da participação somente pode se fundar na causação de uma lesão a um bem jurídico independente da do autor²⁷⁶.

Segundo esta teoria, a participação é punida porque afeta o mesmo bem jurídico que ofende o crime do autor, mas de forma independente, ou seja, a “*participação comporta seu próprio injusto*, independente do injusto do autor”²⁷⁷.

Fala-se, então, do “delito do partícipe”, por se entender que é ele portador do seu próprio conteúdo de injusto e culpabilidade, constituindo sua conduta tipo autônomo, que comete como autor²⁷⁸.

É irrelevante para a punibilidade do partícipe, diferentemente do que exige da teoria da culpabilidade, se o autor atuou culpavelmente ou não. Em princípio, tampouco é

²⁷² Reinhart Maurach; Heinz Zipf; Karl Heinz Gössel (Atualizador). *Op. Cit.*, p.414.

²⁷³ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 825.

²⁷⁴ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 126.

²⁷⁵ *Idem, Ibidem.*

²⁷⁶ Sustentada por Schmidhauser, conforme mencionam Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 792.

²⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 792.

²⁷⁸ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 126.

relevante se o autor tenha atuado típica e antijuridicamente, uma vez que o delito do partícipe é independente.²⁷⁹

De acordo com este ponto de vista teórico, a punibilidade do autor e do partícipe tem a mesma base: a realização de um fato típico e antijurídico autônomo, o que afasta a problemática da discussão sobre a fundamentação da punibilidade tanto do partícipe como a do autor²⁸⁰.

E mais: a realização deste fato típico e antijurídico por parte do partícipe (como a autoria) causa uma lesão direta a um bem jurídico protegido²⁸¹. Entende-se, desse modo, que os fatos do autor e do partícipe, apesar da independência de sua estrutura, atacam o mesmo bem jurídico protegido, o que é explicado porque o ordenamento pretende a proteção dos bens jurídicos frente a todos, e não somente frente ao autor do delito. Havendo pelo partícipe a intervenção na lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico protegido frente aos seus ataques, está realizando, por ele mesmo, um injusto punível²⁸².

Podem ser citados como os principais representantes desta teoria Klaus Lüderssen, M. K. Meyer e Eberhard Schmidhäuser.

4.5.2.1.1. A posição de Lüderssen: a negação da acessoriedade

Também partindo da mesma teoria da causação pura, mas com uma construção “um pouco mais original”²⁸³, Lüderssen reconhece que os tipos de participação são absolutamente autônomos.

Assim, desenvolve sua postura com consequências próximas às do sistema unitário: nega a natureza acessória da participação mas, com exceção, em algum caso concreto, reconhece uma mera dependência fática²⁸⁴.

Distancia-se do sistema unitário na medida em que não é qualquer intervenção no delito que será considerada autoria. Assim como o autor, o partícipe deverá cumprir seus

²⁷⁹ *Idem, Ibidem.*

²⁸⁰ Esta discussão, segundo a teoria citada, parte de ponto de vista equivocado de que a participação não contém em si um fundamento, como a autoria, por se diferenciar desta na essência. Como consequência, pretende-se que o partícipe responda pelo injusto alheio, do autor, o que ofende o direito penal garantista na medida em que só cabe pena para aquele que realiza por si mesmo uma ação típica, antijurídica e culpável (*Op. Cit.*, p. 127).

²⁸¹ Esta condição terá consequências no tratamento da participação necessária e do agente provocador, o que será visto adiante, sempre de acordo com o que expôs Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 135, nota de rodapé n. 51.

²⁸² *Idem, Ibidem*, p. 127-128.

²⁸³ Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar, *Op. Cit.*, p. 792.

²⁸⁴ Cf. Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 129; Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.* p. 121 e Hans-Heinrich Jeschek e Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 738.

requisitos próprios, derivados do conteúdo do injusto da participação e que podem ser extraídos diretamente dos tipos da parte especial que protegem o bem jurídico por ele atacado²⁸⁵.

O mais importante é, sob esta ótica, estabelecer se no caso concreto o bem jurídico lesionado está protegido também frente ao partícipe. Se a resposta for afirmativa, sua conduta será punível *embora falte o fato principal típico e antijurídico*,²⁸⁶ não se requerendo nada mais para castigar a participação do que a causalidade entre a contribuição do partícipe e a lesão do bem jurídico²⁸⁷.

As principais críticas a esta teoria são, em síntese: *i)* a incompatibilidade com o sistema legal moderno que se inspira no princípio da acessoriedade limitada; *ii)* a possibilidade de se ampliar a punibilidade por conta do delito autônomo (de participação), que prescinde da exigência do fato típico e antijurídico como pressuposto da participação;²⁸⁸ *iii)* a construção dos tipos de participação sobre bases pouco claras ao extraí-los diretamente da parte especial, sem considerar as disposições específicas da parte geral; *iv)* a inaceitabilidade das consequências práticas de sua formulação²⁸⁹.

Especialmente no que diz respeito à punibilidade de ações neutras, conforme noticiado por Greco, tece Lüderssen suas considerações a que chamou de “um experimento mental”, em um estudo sobre a punibilidade de funcionários de banco por auxiliarem clientes que praticam crimes de sonegação fiscal, mediante a transferência de capitais ao exterior²⁹⁰.

²⁸⁵ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 129.

²⁸⁶ *Idem, Ibidem*. Quando se pode afirmar que o bem jurídico também está protegido frente ao partícipe, segundo Lüderssen, a acessoriedade perde toda a razão de ser (cf. Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121).

²⁸⁷ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 120-121

²⁸⁸ Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 49. No mesmo sentido Roxin, para quem tal concepção é imaginável, porém não pode harmonizar com o princípio da acessoriedade previsto nos arts. 26 e 27. Além disso, pode levar a uma enorme extensão da punibilidade da participação o que, segundo autor, deve ser impedido pela política criminal legítima da vinculação com o princípio da acessoriedade (Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 485-6).

²⁸⁹ Como exemplo, Lüderssen cita o caso em que “A”, cuja conduta é colaborada diretamente por “B” omite socorro devido a um sujeito em perigo de morte. Havendo a morte, “B” não responderia por participação em uma omissão de socorro, porque isso implicaria na aceitação da acessoriedade, mas por participação em homicídio, pois é o bem jurídico vida atacado por sua conduta (Cf. Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 129-130). No caso da instigação ao suicídio, conduta atípica na Alemanha, diferentemente do que ocorre no Brasil (art. 122), segundo a formulação do citado autor, haverá punição porque a vida está tutelada frente ao instigador, mas não frente ao suicida (Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 792).

²⁹⁰ Greco apresenta a teoria de Lüderssen entre as teorias modernas objetivas para solucionar o problemas da ações neutras. (*Op. Cit.*, p. 57 e s).

Observou que muitos casos de ações neutras representam, na verdade, *omissões*. Por isso, concebeu necessário como fundamento de punição a existência de um dever especial de agir, uma posição de garantidor, para considerá-la punível^{291 292}.

Por outro lado, diante da *ação* (comissão) neutra, após revisar os diversos critérios propostos (como a adequação social e a proibição de regresso), observou que por de trás deles se faz sempre presente uma *ponderação*. De acordo com Greco, Lüderssen parece optar “ao final, pelo critério do aumento do risco juridicamente desaprovado, uma vez que este deixa bem claro que se trata de uma ponderação”²⁹³.

De acordo com seu posicionamento, esta ponderação leva em conta de um lado, o valor do bem jurídico ameaçado e de outro, a maior ou menor distância que separa a ação bem jurídico. Assim, a maior importância do bem jurídico implica num maior empenho em protegê-lo²⁹⁴.

Greco apresenta críticas à posição de Lüderssen no que se refere a sua construção para estabelecer os limites das *ações* neutras, tanto em relação à ponderação, como em relação aos *critérios* por ele empregados.

A primeira diz respeito ao método, esgotado em uma ponderação. Para Greco a ponderação se mostra vazia, ainda que enunciada com outros critérios, podendo ser ponto de partida, mas nunca de chegada em uma construção teórica, não satisfazendo às exigências jurídicas imprescindíveis para a legítima punibilidade²⁹⁵.

No que tange aos *critérios* propostos por Lüderssen, sustenta que trabalhar com o *valor do bem jurídico* significa transportar o problema para a parte especial, onde se submeteria as regras diversas a depender do crime (homicídio, furto, estupro etc.)²⁹⁶.

O que se verifica, a partir desta crítica, é que a posição de Lüderssen é coerente com seu fundamento do injusto da participação, encontrado diretamente dos tipos da parte especial e que é independente do da autoria, como acima já mencionado.

²⁹¹ Sempre de acordo com a explicação de Greco, não obstante haver causalidade e empenho de energia pelo partícipe, para distinguir a omissão da ação, adota Lüderssen o critério, dominante na doutrina, do chamado *ponto de gravidade do juízo de reprovação*, de acordo com o qual reconhecendo-se comportamentos ambivalentes, duvidosos quanto a natureza de ação ou omissão, leva-se em consideração o aspecto do comportamento que se sobressai (Op. Cit., p. 58, nota de rodapé 161).

²⁹² Dessa forma, no exemplo por ele analisado do funcionário do banco, sustentou inexistir punição, já que inexistiu posição de garantidor de sua parte (tudo conforme expõe Luís Greco. Op. Cit., p. 58).

²⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 58 -9.

²⁹⁴ No já citado caso concreto da contribuição para a sonegação fiscal, entre o interesse nacional do fisco na arrecadação e o interesse europeu na livre circulação de capitais, além de outros argumentos, conclui pela impunibilidade (*Idem, Ibidem*, p. 59).

²⁹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 59-61.

²⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 60-61.

Por fim, o mesmo vazio da *ponderação* é constatado por Greco no “critério” da omissão, já que “nunca poderá ser ele utilizado para transformar ações em omissões e com isso dar carta branca a quem as pratique, isentando-a de responsabilidade penal”²⁹⁷.

4.5.2.1.2. Outras versões da teoria pura da causação

Não tão radicais como Lüderssen, outros autores que defendem a teoria pura da causação, coincidindo, no geral, entre si e com ele em duas ideias fundamentais: de um lado a qualificação da participação como crime autônomo; e, de outro, a consideração de que com ela se dá uma lesão *direta* ao bem jurídico protegido no tipo²⁹⁸.

Ao revés, discordam de Lüderssen no que se refere ao seu desprezo completo da regulação legal da participação, porque entendem que participação não pode ser entendida sem vincular os preceitos dedicados a ela na parte geral, com os concretos crimes da parte especial. Por conseguinte, não aceitam o modo com que Lüderssen extrai a participação diretamente do tipo²⁹⁹.

Da mesma forma, tecem críticas à postura defendida por Lüderssen pela negativa absoluta ao princípio da acessoriedade na teoria pura da causação que, para estes autores, é perfeitamente compatível com uma certa dependência da participação em relação à autoria³⁰⁰.

No que diz respeito ao ponto comum com postura de Lüderssen em entender a participação como crime autônomo que produz uma lesão direta ao bem jurídico, não há entre eles consenso na forma de configurá-lo.

Nesse sentido, para Schmidhäuser o *delito do partícipe* (*Teilnehmerdelikt*)³⁰¹ é um *crime de resultado*. O tipo do injusto, tanto para o autor como para o partícipe, é constituído em sua totalidade pelo desvalor da ação, cuja vontade final, dirigida a lesão do bem jurídico, fundamenta ambos os casos o injusto. O desvalor do resultado para esse autor é um elemento da punibilidade, pressuposto (e não fundamento) da pena.

Assim, o fundamento do injusto do partícipe é a lesão, por ele mesmo praticada, a pretensão do ordenamento relacionada ao bem jurídico, na medida em que sua ação se

²⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 61

²⁹⁸ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 131.

²⁹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 131.

³⁰⁰ *Idem, Ibidem*, p. 132.

³⁰¹ Assim como Lüderssen, Schmidhäuser também fala em “delito do partícipe”, ao invés de “participação no delito” (Cf. Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121).

dirige à criação de um perigo ao referido bem³⁰². Para impor-lhe uma pena, entretanto, é pressuposto o desvalor do resultado³⁰³.

O que diferencia o delito do partícipe perante o do autor é que para o primeiro é exigido duplo resultado: de um lado que o partícipe realize uma contribuição que seja de alguma forma favorecedora do fato do autor e, de outro, que o autor leve a cabo o fato principal utilizando esta ajuda³⁰⁴.

Neste ponto, Schmidhäuser considera a acessoriedade como condição de punibilidade fundada em razões de merecimento de pena, cuja importância é similar à que tem a produção do resultado para o delito do autor. Ela tem unicamente a função limitadora da pena³⁰⁵.

A realização do fato antijurídico do autor é só um elemento, uma parte do desvalor do resultado do crime do partícipe – desvalor este, como já dito, entendido como pressuposto e não fundamento da punição³⁰⁶. Em suma, o fato principal não fundamenta o injusto da participação, sendo apenas um pressuposto de sua punibilidade³⁰⁷.

Por outro lado, para Herzberg, o delito do partícipe é um *crime de perigo abstrato*. Apesar do bem jurídico protegido ser o mesmo perante o tipo de autor e o de partícipe, diferente é a forma de ataque. Enquanto no tipo do autor se protege o bem jurídico de uma lesão ou colocação em perigo, no tipo do partícipe o que se tutela é a proibição de prestação de ajuda para prática de crime, por ela aumentar o perigo para o bem jurídico. Dessa forma, é suficiente para a punição do partícipe qualquer prestação de ajuda para prática do crime, independentemente de ter havido um concreto aumento do risco ao bem jurídico. Para Herzberg, a prestação de ajuda do cúmplice já constitui um perigo abstrato para o bem jurídico³⁰⁸.

³⁰² Segundo Schmidhäuser, em consonância com o que estabelece a teoria da causação pura em linhas gerais e o que defende o próprio Lüderssen, não é certo que só o autor lesione o bem jurídico e o partícipe se limite a participar dessa lesão. O próprio partícipe lesiona por ele mesmo o bem jurídico (Cf. Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121).

³⁰³ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 133.

³⁰⁴ *Idem, Ibidem*, p. 133.

³⁰⁵ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121. De acordo com sua tese, como será visto adiante, numa primeira posição Schmidhäuser acaba tendo que sustentar que nos *delicta propria* o partícipe não é punido, “*porque el extraneus ha lesionado el bien jurídico en la forma general en que la ley lo deja impune*” (como cita Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 792).

³⁰⁶ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 132.

³⁰⁷ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121.

³⁰⁸ Tanto a concepção de Schmidhäuser quanto a de Herzberg, tem repercussões importantes em outros aspectos da participação. É o que ocorre, p. ex., no que diz respeito à complicitade, tema específico a que ocupou Lopez Peregrin. Para a autora, “el hecho de calificar el delito de partícipe como delito de resultado o de peligro abstracto tiene repercusión, sobre todo, en la determinación del grado de causalidad que debe tener la ayuda prestada al autor principal para poder castigarla como complicidad. Evidentemente, desde la postura de Herzberg se llegará a un concepto de complicidad mucho más amplio, en la medida en que basta que la

Finalmente, o outro ponto em comum com a postura de Lüderssen é que a conduta do partícipe suponha uma lesão direta ao bem protegido no tipo.

Há entre eles, inclusive, quem sustente que esta exigência é uma garantia constitucional. Isto porque impor pena ao partícipe por uma lesão indireta ao bem jurídico por meio do autor é fazer responsável alguém por injusto de outrem, o que é intolerável para o direito penal garantidor dos direitos dos indivíduos³⁰⁹.

Feitas as considerações sobre as variantes de cada autor apresentadas a partir do ponto comum mantido com a teoria de Lüderssen, passamos agora a apresentar as divergências de cada um deles, especialmente sobre a regulação legal da participação e a defesa do princípio da acessoriedade.

A primeira crítica diz respeito a postura de Lüderssen em extrair o tipo do partícipe diretamente da Parte Especial, o que provoca, entre outras críticas, uma excessiva ampliação da punibilidade³¹⁰.

Propõe estes autores, dessa forma, uma conexão aos tipos da participação previstos na parte geral, coisa que Lüderssen simplesmente ignora, ao extrair o tipo do partícipe diretamente da parte especial. Não obstante, tal proposta é apenas uma técnica legislativa, não impedindo de considerar a configuração da participação como crime autônomo, e muito menos impondo necessariamente determinada fundamentação de sua punibilidade³¹¹.

As divergências de maior transcendência, contudo, dizem respeito à posição de Lüderssen em negar o princípio da acessoriedade, segundo ele incompatível com a autonomia do crime do partícipe.

Seus críticos, porém, ao revisar a teoria pura da causação, acabam por torna-la compatível com a aceitação do princípio da acessoriedade³¹², com os seguintes argumentos.

Enquanto Lüderssen entendia que o reconhecimento da acessoriedade implicava necessariamente em reconhecer que o injusto do partícipe se extrai do injusto do autor, o

ayuda prestada represente un peligro abstracto para el bien jurídico protegido en el tipo. Por el contrario, desde la posición de Schmidhäuser, al considerarse el delito de partícipe como delito de resultado, es posible restringir el campo de la complicidad punible al exigirse una mayor relación entre la ayuda prestada y el hecho principal". O tema foi desenvolvido com maiores detalhes em capítulo próprio de sua obra (Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 134).

³⁰⁹ Como sustenta Sax, ao afirmar inclusive que não é por outro motivo, que a lesão (ou colocação em perigo) de um bem jurídico é um elemento que pertence necessariamente ao tipo de injusto do partícipe, tanto como ao do autor, conforme assinala sobre o pensamento do autor Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 135.

³¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 136.

³¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 136.

³¹² O que para Lopez Peregrin é a principal contribuição destes autores (*Idem, Ibidem*, p. 137).

que era inaceitável em seu sistema em que a responsabilidade do partícipe é autônoma, seus críticos consideram que a realização pelo “autor de um fato típico e antijurídico não é *fundamento* de punibilidade do partícipe, senão um *pressuposto* desta, um critério restritivo de punibilidade”³¹³.

Observe que não há mudança no entendimento de que o injusto do partícipe se extrai do injusto do autor. O fundamento do injusto do partícipe continua sendo a relação que ele mantém com seu próprio fato.

O que há de novo para o entendimento acima explicado é uma nova concepção sobre o do princípio da acessoriedade, agora entendida como critério delimitador de punibilidade³¹⁴.

A respeito da natureza da acessoriedade, vista sob esta nova concepção, há quem entenda que o fato típico e antijurídico do autor principal será um elemento a mais da descrição da conduta do partícipe. Outros, reconhecem que sua natureza se aproxima a uma condição objetiva de punibilidade³¹⁵.

4.5.2.1.3. Consequências práticas da compatibilidade da teoria pura da causação e o princípio da acessoriedade, entendido como pressuposto (e não como fundamento) da pena do partícipe.

“Como se justifica o castigo do partícipe *extraneus* em um *delito especial próprio*³¹⁶, se não é possível seu castigo como autor?”³¹⁷

³¹³ *Idem, Ibidem*, p. 137.

³¹⁴ “Porque el legislador debe definir el ámbito de lo típico, reservando la sanción penal sólo para aquellas conductas que más gravemente ataquen los bienes jurídicos dignos de protección. Así, por ejemplo, el legislador decide no castigar por lo general los actos preparatorios y exigir el comienzo de la tentativa para imponer una pena. Pues de la misma forma exige la existencia de un hecho principal típico y antijurídico para castigar la participación, dejando fuera de la descripción típica del delito de participación aquellas conductas que no se pueden conectar con un hecho típico y antijurídico por considerarlas no merecedoras de pena” (tudo conforme Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 134).

³¹⁵ Em se entendendo ser ela um elemento típico, deverá ser abrangido pelo dolo do partícipe. Considerando-a como uma condição objetiva de punibilidade, o dolo se limita exclusivamente a sua própria conduta de intervenção (*Idem, Ibidem*, p. 140).

³¹⁶ “Se habla de delitos especiales propios cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho será atípico”. Por otro lado, “en los delitos especiales improprios la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que sería el comisible por cualquier persona que no tuviera aquella especial calidad” (Gonzalo Quintero Olivares. *Op. Cit.*, p. 644). Sobre o tema, na doutrina nacional, consultar Mariana Tranches Ortiz. *Op. Cit.*

³¹⁷ Levanta a indagação Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 140.

A pergunta se justifica na medida em que ao admitir a autonomia do injusto da participação, seria consequência lógica deixar impune a participação nos delitos próprios³¹⁸.

Na versão mais radical da teoria pura da causação, sem abandonar sua negativa absoluta a acessoriedade, Lüderssen se viu obrigado a reconhecer certa dependência (fática e não jurídica) da pena do partícipe relacionada com a conduta típica de um autor *intraneus* de um crime próprio. Segundo seu entendimento, embora o *extraneus* não possa como autor lesionar o bem jurídico do crime próprio, poderá fazê-lo como partícipe, já que o bem jurídico do crime próprio está protegido perante todos, o que vale dizer, também perante o partícipe, embora de modo diferente³¹⁹.

Nas versões modificadas, a explicação sobre o castigo do partícipe do crime especial parte de outro fundamento. Admitindo o princípio da acessoriedade – sob outra concepção como já mencionado acima – entendem que o problema do crime especial próprio é aparente, já que a determinação de quem pode ser autor é um problema de autoria e não de participação. O partícipe possui seu próprio injusto, que não requer qualquer especialidade, diferentemente do que ocorre com o tipo próprio do autor. A realização de um fato típico e antijurídico por este último, como nos demais casos, é pressuposto da pena.

Como nos demais casos, o que se exige para a punição do partícipe é que ele tenha realizado uma lesão ao um bem jurídico que também esteja protegido frente a ele. Quando se entende que os bens jurídicos nos delitos especiais próprios estão tutelados em face de todos, como fazem os autores das versões modificadas, é possível punir o *extraneus* pelo crime do partícipe³²⁰.

³¹⁸ Chamados de infração de dever por Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 486.

³¹⁹ Na síntese de Lopes Peregrin, fundamentou Lüderssen a punibilidade do partícipe nos crimes especiais com dois argumentos: “a) a um conceito de delito especial que pressupõe a proteção do bem jurídico protegido frente a todos; e b) ao reconhecimento da dependência fática com relação ao fato do *intraneus*. Ou seja, que o bem jurídico está protegido frente ao ataque do partícipe não qualificado, mas só quando, de fato, um *intraneus* nele interviu” (Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 141).

³²⁰ Sob esta perspectiva, portanto, a punição do *extraneus* partícipe depende do conceito de crime próprio. “Si se considera, como hemos visto, que el bien jurídico protegido en ellos lo está *erga omnes*, será posible imponer una pena al partícipe *extraneus* sin contradecir la fundamentación de la punibilidad que se defiende” (*Idem, Ibidem*, p. 142). Por outro lado, Schmidhäuser, com sua tese que pode ser incluída entre as modificadoras da teoria pura da causação de Lüderssen, foi obrigado a sustentar num primeiro momento que nos crimes próprios, o partícipe não é punido porque o *extraneus* lesiona bem jurídico de forma geral que a lei deixa impune (Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 792) Posteriormente, admitiu a punição do partícipe *extraneus* no crime próprio, reconhecimento que esconde a aceitação da incompatibilidade da lei com uma total independência do injusto do partícipe, de acordo com Roxin, citado por Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 51.

Em contrapartida, a teoria da causação se mostra especialmente adequada, como observa Lopez Peregrin, para explicar a impunidade no âmbito da *participação necessária* e do *agente provocador*, entendida pela doutrina como solução político criminal mais justa, e que encontra difícil fundamentação em outras teorias³²¹.

A *participação necessária*³²² existe nos chamados *crimes de encontro*, onde os diversos participantes “actuam por forma e em direcção diferentes e unicamente se encontram na realização do fim da conduta”³²³, podendo no conceito ser incluídos, de forma alargada, aqueles casos em que “a comparticipação não é tipicamente necessária em sentido estrito, mas em todo o caso surge como a forma *normal* ou *usual* do cometimento do crime”³²⁴.

Exemplos que podem ser mencionados na sistemática brasileira são: o crime de usura previsto no art. 4º da Lei n. 1521/51, o crime de lenocínio (art. 227 do CP), o rufianismo (art. 230 do CP) etc.

Nestas hipóteses, entende-se que a conduta do participante necessário não deve ser punível³²⁵.

³²¹ Maria Carmen Lopez Peregrin. *op. Cit.*, p. 143.

³²² Para Dias a questão é incorretamente discutida sob a epígrafe *participação necessária*, talvez pela influência da doutrina alemã dita da “notwendige Teilnahme”, uma vez que o problema suscita-se relativamente a cúmplices, autores, co-autores e instigadores. Sendo assim, trata a matéria nos problemas comuns à autoria e a *cumplicidade*, denominando “comparticipação necessária” (Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 854, nota de rodapé n. 35). Com a mesma opinião, Stratenwerth quando afirma que as hipóteses “son tratadas bajo la expresión clave de ‘participación necesaria’, aunque de ningún modo se trata sólo de participación, sino también de una intervención en coautoría, y aunque la intervención no siempre tenga que ser necesaria” (Gunter Stratenwerth. *Op. Cit.*, p. 445). Sobre o tema, ver também Pérez Alonso que, a partir das teorias gerais sobre autoria, aponta três soluções distintas: o *cooperador necessário* é sempre partícipe; o *cooperador necessário* é sempre (co-) autor; e o *cooperador necessário* é às vezes (co-) autor e às vezes partícipe (a teoria do domínio do fato) (Esteban Juan Pérez Alonso. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Granada: Comares, 1998, p. 22 e s.). Com diversa abordagem sobre o mesmo tema, ver Nilo Batista. *Op. Cit.*, p. 187-188) e Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli. *Op. Cit.*, p. 586 e 600.

³²³ Diferentemente do que ocorre nos *crimes de convergência*, isto é, aqueles em que *as contribuições dos vários comparticipantes para o facto se dirigem, da mesma forma e na mesma direcção, à violação do bem jurídico*, como acontece, p. ex., no crime de rixa (art. 137 CP) etc. Nestes tipos de crimes, nenhum problema de participação existe uma vez que todos serão punidos, de acordo com as regras gerais, como explica Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 855. Hungria refere-se a *crimes de convergência* também com a expressão *crimes coletivos*, em que estamos diante de “casos em que a pluralidade de agentes é *elemento essencial* da configuração do crime” citando como exemplo a quadrilha ou bando, greve, rixa, motim de presos etc. (Nelson Hungria. *Op. Cit.*, p. 418).

³²⁴ Tudo conforme Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 855

³²⁵ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 856 e Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 142-3. Lembra Bruno, já antecipando o que seria uma fundamentação para o não castigo do *partícipe necessário*, que “em alguns casos, a lei dirige a incriminação apenas para um dos concorrentes, escapando assim o outro à aplicação da pena. Disso nos oferecem exemplos os casos em que dos agentes necessários um é protegido pela lei contra a ação do outro, e só este, portanto, incorre em punição, como acontece no rapto consensual ou na usura. Todos devem, porém, atuar na realização do crime, mesmo quando um deles funciona apenas como sujeito passivo. Atuar em sentido amplo, porque podem agir também por omissão, no sentido de omitir quando se tinha o dever jurídico de agir” (Aníbal Bruno. *Op. Cit.*, p. 284-5).

O *agente provocador* (*agente provocateur*, *Lockspitzel*) pode ser entendido como sendo aquele que induz os demais à prática do crime. Muito se discute acerca de como não castigá-lo³²⁶, ou seja, se a ele é aplicável ou não a disciplina da participação³²⁷.

Para a teoria da causação, a resposta é simples, diferentemente das teorias que extraem todo o injusto do partícipe do injusto do autor. Isto porque o injusto do partícipe, que é autônomo, não existe nas hipóteses em que ele não lesiona o bem jurídico tutelado no tipo, porque não está protegido frente a ele, ou porque o ataque é só aparente³²⁸.

4.5.2.2. Teoria da causação orientada à acessoriedade ou teoria da participação no injusto ou teoria da causação ou do favorecimento³²⁹

É a teoria dominante na Alemanha³³⁰, e considerada mais coerente com o sistema legal de vários países³³¹.

Da mesma forma que a teoria da participação independente ou teoria pura da causação, contraria o fundamento da participação na ideia da corrupção ou desintegração social do autor. Não obstante, dela se diferencia porque coloca em primeiro plano o princípio da acessoriedade³³².

O reconhecimento do princípio da acessoriedade implica em admitir que o partícipe só pode lesionar ou expor em perigo de lesão o bem jurídico por meio do autor³³³, o que vale dizer, junto com autor o partícipe concausa a lesão ao bem jurídico³³⁴.

³²⁶ Paulo José da Costa Jr. *Op. Cit.*, p. 236.

³²⁷ Nelson Hungria. *Op. Cit.*, p. 425.

³²⁸ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 144.

³²⁹ Vários nomes são utilizados para se referir à teoria cuja explicação segue, havendo uma verdadeira “confusão terminológica”, o que só põe em manifesto a insegurança ou a falta de unanimidade existente na doutrina sobre o tema, como alerta Robles Planas. Assim, exemplifica: “Roxin fala de *teoria da causação orientada a acessoriedade*, Jakobs de *teoria da participação no injusto*, Samson de *teoria modificada da causação* e Jescheck y Weigend se referem a *teoria da causação ou do favorecimento*”. Genericamente, para englobar todas as teorias que sustentam que o “el fundamento del castigo al partícipe reside en que éste co causa el hecho principal mediante la obtención de la decisión del autor o mediante el favorecimiento de la realización del hecho del autor”, opta o autor pela denominação *teoria da participação no injusto* (tudo conforme Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 121-122, citando a respectiva bibliografia de cada autor).

³³⁰ Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Op. Cit.*, p. 738; Reinhart Maurach; Heinz Zipf; Karl Heinz Gössel (Atualizador). *Op. Cit.*, p. 414; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.*, p. 793 e Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 122, nota de rodapé n. 25.

³³¹ Na Espanha, comenta Mir Puig: “El punto de vista de la teoría de la causación o del favorecimiento es el más convincente y adecuado a nuestro Derecho positivo. Resulta, también, coherente con la concepción de la participación que asumen nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia” (*Op. Cit.*, p. 397).

³³² Conforme observa Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 49.

³³³ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 146.

³³⁴ Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 51-52.

Como consequência, seja considerando acessoriedade como uma escolha do legislador ou uma imposição da realidade, sua natureza é acessória: “se participa en el hecho ajeno, en el que lleva a cabo el autor y, consecuentemente, el fundamento y medida del injusto del partícipe están en función del injusto del hecho que éste lleva a cabo”³³⁵.

O partícipe não realiza, portanto, diretamente as normas da Parte especial (p. ex., não matar), onde se descreve o injusto do autor. Seu injusto se deriva a partir dos preceitos reguladores próprios da participação (a proibição de induzir a matar ou cooperar com outro para esta infração), referidos a conduta do autor principal, da qual ele toma parte³³⁶.

Como explica Lopez Peregrin, a pena do partícipe será reduzida, precisamente porque sua contribuição causal, o favorecimento da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico se realizou por meio do autor. A maior distância em relação ao resultado típico derivado do seu ataque *mediato* ao bem é a razão da menor punição da participação em relação à autoria³³⁷.

A contribuição do partícipe, embora mais distante da do autor na lesão ou exposição de lesão ao bem jurídico, é causal, num sentido amplo, na medida em que há certa influência de sua conduta no resultado principal³³⁸.

Os defensores da teoria da causação ou do favorecimento orientada pela acessoriedade discrepam, sobretudo, no que diz respeito ao grau de dependência do partícipe com relação ao autor. Para uns, o injusto do partícipe se deriva totalmente do injusto do autor. Para outros, esta dependência absoluta traz consequências negativas, devendo ser introduzido outros elementos. Passemos a análise de cada uma destas teorias, sempre de acordo com o que expôs Lopez Peregrin³³⁹.

4.5.2.2.1. A dependência absoluta do injusto do partícipe em relação ao injusto do autor

Esta é a variante mais radical da teoria do favorecimento, na medida em que sustenta a *absoluta dependência* da participação relacionada à autoria: o injusto do partícipe se deriva total e exclusivamente do injusto do autor³⁴⁰.

³³⁵ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 147.

³³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 147. Como afirma Robles Planas, para esta teoria o injusto do partícipe é completamente dependente e derivado do injusto do autor (*Op. Cit.*, p. 123).

³³⁷ Maria Carmen Lopez Peregrin. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997, p. 148.

³³⁸ *Idem, Ibidem*, p. 148.

³³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 148-9.

³⁴⁰ *Idem, Ibidem*, p. 149.

O mérito desta postura é sua facilidade em explicar o problema da participação do *extraneus* nos crimes especiais. Isto porque a absoluta dependência faz com que do injusto do autor *intraneus* do delito especial se extraia o injusto do partícipe, na unidade do título da imputação³⁴¹.

Por outro lado, a crítica que se faz a esta teoria é a seu tratamento dado à *participação necessária* e ao agente provocador, a partir, justamente, desta absoluta dependência. Ambos contribuem com a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico do autor, devendo, portanto, segundo esta concepção, suportar o injusto deste último, o que contraria a solução político criminal considerada pela doutrina mais justa da impunidade.

4.5.2.2.2. Teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido

Vertente menos radical da teoria do favorecimento orientada pela acessoriedade, introduz alguns elementos da teoria da causação e aceita que o injusto do partícipe venha *essencialmente* determinado pelo injusto do autor, mas não exclusivamente, sendo por isso conhecida pelos seus próprios defensores como uma postura eclética³⁴².

A ideia é extrair o melhor de cada uma das teorias anteriores (teoria pura da causação e teoria do favorecimento orientada pela acessoriedade), conseguindo um todo unitário que permite fundamentar de forma coerente as fissuras da pena do partícipe³⁴³.

O injusto da participação será extraído, em parte, do fato do autor, e em parte de elementos autônomos, “exigiéndose para hablar de participación punible una intervención accesoria pero que, al mismo tiempo, contenga un ataque independiente al bien jurídico protegido”³⁴⁴. Em outras palavras: o injusto do partícipe é em parte independente do injusto do autor e em parte deriva dele mesmo³⁴⁵.

O principal defensor desta teoria é Roxin, que assume sua posição como sendo mista, segundo a qual o fundamento da participação pode ser caracterizado como ataque ao bem jurídico mediante causação acessória³⁴⁶, onde o injusto é estruturado a partir de elementos independentes e derivados³⁴⁷.

³⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 149.

³⁴² Cf. *Idem, Ibidem*, p. 151-2 e Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 123.

³⁴³ Cf. Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 151-2 e Maria del Carmen Gomez Rivero. *Op. Cit.*, p. 53.

³⁴⁴ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 152.

³⁴⁵ Mario Maraver Gómez. Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad in *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Nelson Salazar Sánchez (coord.). Lima: Idemsa, 2007, p. 470.

³⁴⁶ Esclarece Gomez Rivero que “con el término ‘ataque’, además de indicar el motivo del castigo de la participación, se subrayan los elementos independientes de su injusto. Por su parte, con el adjetivo

Sua proposta, portanto, é estruturada com base em dois princípios fundamentais, conforme explica Lopez Peregrin³⁴⁸.

O primeiro consiste na aceitação de que o injusto do autor determina *essencialmente* o injusto do partícipe.

Para este autor, a acessoriedade não é uma mera dependência fática, critério limitador de pena, ou uma condição de punibilidade. É sim uma exigência normativa que atende à verdadeira natureza da participação. A punição da participação depende da realização de um fato típico e antijurídico por parte do autor – daí a incompatibilidade absoluta com a independência de seu injusto. Terá sua pena determinada pela própria culpabilidade, em consonância com o que prevê o StGB³⁴⁹.

O outro aponta que o injusto do autor não determina *exclusivamente* o injusto do partícipe. São necessários distintos elementos, o que é perfeitamente adequado ao StGB, pela forma em que se prevê a pena do partícipe. Prova disso é que a pena do partícipe é calculada entre os limites da pena do autor, onde são utilizados outros elementos independentes, como a intensidade e a periculosidade³⁵⁰.

Neste aspecto, três são os elementos autônomos do crime do partícipe: a proteção perante o partícipe do bem jurídico lesionado ou colocado em perigo; a referência do seu dolo à consumação do crime por parte do autor; e a específica existência do desvalor da ação na conduta do partícipe³⁵¹.

O elemento independente da proteção perante o partícipe resolve a questão da participação necessária. Quando não se protege um bem jurídico perante o partícipe, sendo impossível que crie ou incremente um perigo juridicamente desaprovado para sua pessoa, exclui-se a imputação de participação, subsistindo a da autoria³⁵².

‘accesorio’ se pone de manifiesto que sólo es posible la participación sobre la base de una actuación típica del autor, de tal modo que el injusto de la participación se deriva en gran medida del hecho principal, representando un concepto secundario frente a la autoría (*Op. Cit.*, p. 54). Neste aspecto é criticado, tendo em vista a alegação de que da lei só se pode extrair o princípio da acessoriedade, mas não um ataque ao bem jurídico. Ademais, não seria necessário o critério do ataque próprio do bem jurídico pelo partícipe, já que os problemas que solucionaria, também poderiam ser submetidos a um juízo especial sem qualquer referência ao fundamento da participação. Roxin refuta os argumentos defendendo que a elaboração de elementos independentes de participação se trata de um fazer frutífero para a imputação da participação na teoria da imputação objetiva (Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 507).

³⁴⁷ Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 506.

³⁴⁸ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 153-8.

³⁴⁹ Tudo conforme Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 153-8.

³⁵⁰ *Idem, Ibidem*.

³⁵¹ *Idem, Ibidem*, p. 153-8.

³⁵² Neste aspecto sua teoria é criticada porque cria um dualismo de princípios, o que contraria afirmação de que o autor e o partícipe exercem o ataque a um mesmo bem jurídico. Apresenta sua defesa nos seguintes termos: “frente al consenso existente, esto es en el fondo más bien una disputa sobre palabras, pero sirve para aclarar las cosas. Evidentemente también el autor doloso practica un ataque al bien jurídico, solamente se

Igualmente, o tratamento da participação nos delitos especiais próprios, dependerá da análise de que o bem jurídico protegido no tipo se considera também protegido perante o partícipe *extraneus* ou não. “Si se piensa, como Roxin, que el bien jurídico de un delito especial no está en absoluto a disposición del *extraneus*, sino que también puede ser lesionado por él, aunque no como autor, la punibilidad de su participación en un delito especial propio es compatible con esta teoría”³⁵³.

A referência ao dolo do partícipe para a consumação do crime pelo autor explica a impunidade do agente provocador, que intervenha como *indutor* ou cúmplice. Embora neste caso o bem jurídico protegido também está perante ele, não será punido porque seu dolo não se refere à consumação do crime³⁵⁴.

Por fim, o desvalor da ação implica considerá-la perigosa para criar um risco ao que eleve as possibilidades do autor obter seu êxito, não sendo suficiente que sua contribuição cause mediatamente (por meio do autor) a lesão mediata ao bem jurídico³⁵⁵.

Note-se que Roxin defende a aplicação da teoria da imputação objetiva para participação. Nesse sentido, a causação acessória de um fato do autor (consumado ou tentado), típico e antijurídico é condição necessária, embora não suficiente, para a imputação da participação. Igualmente acontece com a imputação do autor, na imputação do partícipe também se adiciona a causalidade (acessória) baseada na criação de perigos legalmente desaprovados³⁵⁶.

Não é por outro motivo que Lopez Peregrin afirma que o requisito do desvalor da ação consegue, por exemplo, justificar a impunidade das condutas neutras que, por fazerem parte normal do funcionamento da sociedade, constituem em um risco permitido, ainda que tenham provocado resultados causais para lesão do bem³⁵⁷.

Não obstante a afirmação acima, esclarece Greco que para resolver as questões das ações neutras, Roxin constrói seu raciocínio com base numa distinção entre duas hipóteses:

afirma que el ataque del autor no siempre es un ataque al bien jurídico del cooperador accesorio. Entonces, la exigencia de un propio ataque al bien jurídico dice solamente que en el injusto de la participación hay elementos accesorios y no accesorios. Pero esto no puede discutirse si se sigue mis resultados” (Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 508-9). Sobre a não apreciação da indução em tais hipótese, conferir Maria del Carmen Gomez Riverto. *La induccion a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 54.

³⁵³ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 158.

³⁵⁴ *Idem, Ibidem*, p. 153-8.

³⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p. 157.

³⁵⁶ Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 507.

³⁵⁷ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 157.

i) o partícipe sabe da decisão do autor principal no sentido de cometer o crime (dolo direto); ii) o partícipe apenas suspeita desta possibilidade (dolo eventual)³⁵⁸.

Na primeira hipótese em que o partícipe *sabe* do plano do autor principal, a contribuição será punível se estiver ela dotada de *sentido delitivo*, ou seja, se a ação principal tiver, em si, natureza delitiva. Roxin cita como exemplo aquele que vende o martelo para alguém decidido a matar outrem. Igualmente, “haverá sentido delitivo quando a ação principal for, em si, legal, mas sua utilidade para o autor se esgote no facilitar ou possibilitar a prática de um crime: exemplo seria a transferência de capitais para Luxemburgo por um funcionário do banco, cujo único sentido para o autor principal é, como sabe o funcionário, a sonegação fiscal³⁵⁹”.

Ao revés, não haverá sentido delitivo quando a contribuição se der a uma ação legal, por si só útil ao autor, mas que por este é empregada por uma decisão autônoma para prática de crime. Apresenta como exemplos o fornecimento de materiais para uma indústria (atividade em princípio legal) que sabe violar regras de direito ambiental, ou servir refeição a pessoa decidida a praticar crime (atividade, também, legal)³⁶⁰.

O estado da dúvida das contribuições, por outro lado, estarão em regra abarcados pelo princípio da confiança. Explica Greco que nesta hipótese é legítimo que o agente confie que o terceiro se comportará conforme o direito de modo que, em princípio, a dúvida não pode obrigá-lo de abster-se de praticar a conduta sob pena de se institucionalizar uma sociedade de desconfiança e controle. Entretanto, se o agente estiver diante de uma *pessoa reconhecidamente inclinada a praticar o fato*, havendo indícios concretos de que o fato será praticado, a participação será punível³⁶¹.

³⁵⁸ Que ainda ressalva o fato de que Roxin teria abandonado a questão do dolo em edição posterior a de sua obra, provavelmente por já ter observado que o problema é de tipo objetivo. A proposta de Roxin é colocada na classificação de Greco entre as teorias (modernas) subjetivas. A classificação de Greco é apresentada da seguinte forma: “Teorias Clássicas”; “Teorias (modernas) objetivas”, “Teorias (modernas) subjetivas” e “Outras formulações” (*Op. Cit.*, p. 81).

³⁵⁹ Tudo conforme Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 82.

³⁶⁰ *Idem, Ibidem.*

³⁶¹ Para deixar mais clara a proposta de Roxin, que foi substancialmente acolhida pelo BGH, ela é aplicada por Greco em dois exemplos, a seguir transcritos: “*Caso 2*. Y quer matar sua esposa. Ele vai à loja de ferramentas de Z, conta-lhes seus planos e compra um machado. Na mesma noite, parte Y o crânio da esposa com uma machadada. Variante 1: Z duvida de que Y esteja falando sério. Num primeiro momento, hesita, mas face à insistência de Y, acaba por vender-lhe o machado, dizendo para si mesmo ‘aposto que não vai acontecer nada, mas se acontecer, paciência, o problema não é meu’. Variante 2 (próximo, Roxin, RBCC 38 [2002], p. 13): Y entra na loja de Z e pede um machado, sem nada contar a respeito de seus planos de matar a própria esposa. Z se espanta, contudo, com a aparência suspeita de Y, fazendo conjecturas a respeito de se este não estaria adquirindo o machado para matar alguém. Por fim, diz Z para si mesmo ‘aposto que não vai acontecer nada, mas se acontecer, paciência, o problema não é meu’, e vende a ferramenta. Variante 3 (próximo, Roxin, RBCC 38 [2002], p. 14): Na frente da loja de ferramentas de Z, está ocorrendo uma rixa. Y entra, sujo, amarrado e bufando, solicita um machado, no que é prontamente atendido por Z, que diz para si mesmo: ‘o problema não é meu’. Meia hora depois, a rua mais se assemelha a um açougue, com peças de

Greco considera proposta de Roxin deficiente de fundamentação, pelos seguintes motivos, em síntese. Primeiro porque parece apelar para intuição e para plausibilidade dos resultados que chega, utilizando-se inadequadamente das exigências de política criminal para isentar de pena certos casos. No mesmo sentido, a distinção entre *conhecimento seguro* e *mera suspeita*, cuja disparidade de tratamento leva ao direito penal do ânimo. Por fim, também é impreciso o conceito de *sentido delitivo*³⁶².

4.5.2.3. Tendências modernas

As propostas doutrinárias que seguem sobre o fundamento da participação, pelo seu conteúdo são dificilmente enquadráveis nas anteriores.³⁶³ Por este motivos, serão tratadas em separado.

4.5.2.3.1. Solidarização com o injusto alheio

Desenhada por Schumann, sustenta que as soluções da teoria dominante (teoria da causação) são incompatíveis com o *princípio da autorresponsabilidade*, segundo o qual, cada um é responsável, individualmente, pela sua própria ação, e não pelo que é praticado por outra pessoa³⁶⁴.

carne de ao menos cinco vítimas espalhadas por todos os cantos. Punibilidade de Z?”, e, *Caso 7*. (JTACrSP 70, p. 199 e ss.). O acusado, A, é motorista de táxi, e conduziu repetidas vezes os co-réus até determinados pontos, onde eram praticados roubos. ‘Desconfiava deles (dos co-réus), mas não tinha plena consciência de que a sua finalidade fosse praticar assaltos’ (p. 199). Punibilidade de A?”. No Caso 2, na versão original, haverá cumplicidade punível, uma vez que agiu com conhecimento certo tendo a ação de Y *sentido delitivo*. Da mesma forma haverá punição na Variante 1, já que apesar da desconfiança de Z, diante da confissão de Y, certo é que Z ficou diante de pessoa reconhecivelmente inclinada a praticar o fato. Na Variante 2, o caso de dúvida está amparado no princípio da confiança, onde a mera aparência suspeita não é suficiente para se ter certeza que o fato será cometido. Finalmente, na Variante 3, haverá punição porque está claro, pela briga que ocorre fora da loja, que quem adquire o machado vai utilizá-lo na briga. Em acréscimo, no Caso 7, se o motorista de táxi souber dos planos criminosos do passageiro, haverá cumplicidade punível, uma vez que o transporte tem para este a função exclusiva de tornar possível a prática do crime (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 1-2, 4 e 83-4).

³⁶² Poderia ser aventada outra crítica no que diz respeito aos termos utilizados por Roxin “dolo eventual” e “dolo direto”, aspecto subjetivo, e sua compatibilidade com o “princípio da confiança”, critério de determinação de dever de cuida objetivo. Como esclarece Greco, “se o princípio da confiança incide, não há nem por que perguntar se o autor age com dolo eventual, uma vez que já não há tipo objetivo ao qual o dolo possa referir-se. Por outro lado, se se chega a perguntar a respeito da existência de dolo eventual ou de dolo direto, é porque, implicitamente, admitiu-se que o tipo objetivo está preenchido, ou seja, afastou-se a incidência do princípio da confiança”. Mas a crítica tornou-se obsoleta, tendo em vista o abandono por Roxin dos termos já citados (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 1-2, 4 e 86-7).

³⁶³ Como de forma semelhante apresentou Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 123-24

³⁶⁴ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 42.

De acordo com Robles Planas, ao considerar que cada pessoa é responsável pela sua própria conduta, não podendo alguém que agiu de forma responsável responder pelo que o outro fez, Schumann conclui que o fundamento do castigo do partícipe não pode ser encontrado na responsabilidade pelo resultado do autor³⁶⁵.

Tal constatação faz com que Schumann não só busque outras razões para responsabilizar o partícipe, como também repense a própria noção de injusto³⁶⁶.

Dessa forma, propõe uma nova teoria a respeito do fundamento da participação, representada com uma *solidarização com o fato principal*³⁶⁷, baseada em duas ideias fundamentais.

Em primeiro lugar, parte da afirmação de que a lesão ou colocação em perigo abstrata ou concreta de um bem jurídico não é o único critério e muito menos um critério necessário para o juízo de uma ação como socialmente lesiva. Depois, leva em consideração o entendimento welzeliano do “desvalor do ato” (*Aktunwert*), enquanto momento de lesividade social que toda ação delitiva contém³⁶⁸.

Uma ação também é socialmente lesiva, segundo sustenta, no momento em que, ao comportar um desprezo aos valores fundamentais do sentimento jurídico, proporciona um perigo desde o ponto de vista psicológico-social para a vigência do direito e é capaz de ofender o sentimento de paz e segurança jurídica, representando um exemplo insuportável para a comunidade³⁶⁹.

Para sua teoria, o desvalor do ato consiste na *solidarização com o injusto do autor*, assim entendida como compartilhar o fato ou posicionar-se em face do injusto do autor, de onde se extrai o *desvalor socialmente insuportável* do partícipe³⁷⁰.

Esta concordância com o delito, no entanto, não é aferida de modo puramente subjetivo, pois na concepção de Schumann, é necessária a identificação de elementos objetivos que indiquem a “solidariedade” com o delito: “no basta con una declaración de simpatía o solidaridad dio que ésta ha de ‘demostrarse’ con los hecho lo que convierte en dominante el aspecto objetivo-material del criterio. [...] no se trata tanto de la actitud interna contraria al derecho sino de que ésta se manifieste en el hecho³⁷¹”.

³⁶⁵ Tudo conforme expõe Ricardo. *Op. Cit.*, p. 126-7 e Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 42-3.

³⁶⁶ Como observa sobre o pensamento do referido autor Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 127.

³⁶⁷ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 45.

³⁶⁸ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 127.

³⁶⁹ *Idem, Ibidem*, p. 127.

³⁷⁰ Cf. Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 128 e Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 45-6.

³⁷¹ Conforme explica Jon-Mirena Landa Gorostiza. *La complicidad delictiva...* cit., p. 101.

Crítério importante para se determinar a solidarização, para Schumann, é a proximidade do partícipe em relação ao injusto penal: quanto mais a ação do partícipe se aproxima do núcleo do tipo penal, maior o grau de participação e, conseqüentemente, a punibilidade³⁷².

Por outro lado, não haverá imputação quando não existir qualquer proximidade em relação ao fato, de modo que as ações praticadas muito antes da fase executória dificilmente consistiram em cumplicidade.³⁷³

Nesse sentido, a ação do partícipe deve contribuir para o crime justamente na dimensão que constitui o núcleo do injusto. P. ex., vender pães no bordel não é participação no crime de casa de prostituição; mas vender vinho seria, na medida em que a embriaguez dos fregueses faz parte da atividade de exploração à prostituição³⁷⁴.

Finalmente, no que diz respeito ao *caráter rotineiro e profissional de certas ações*, recorre a von Bar para dizer que ninguém é obrigado a mudar o curso causal da vida cotidiana em razão da possibilidade de que um terceiro pratique crime³⁷⁵.

A regra é, portanto, que a ação rotineira (ação neutra) seja sempre impunível, exceto nos casos em que o *autor principal revela ao possível cúmplice o seu projeto delitivo*. Havendo esta revelação, o caso merecerá uma análise diferenciada, cuja punição vai depender, principalmente, da proximidade em relação ao fato³⁷⁶.

Dessa forma, o elemento subjetivo é essencial para determinar se o interveniente solidariza-se ou não com o delito, o que será evidenciado através da sua manifestação exterior de vontade de colaboração: “sólo se admite la cooperación punible cuando el sujeto actúe exclusivamente motivado por la realización del hecho antijurídico principal³⁷⁷.”

O problema do fundamento da teoria de Schumann, na visão de Greco, é que ele *não embasa seu fundamento de punição da participação*.

Primeiro porque não explica porque trouxe para o campo da participação a ideia de solidarização – utilizada pelo seu orientador (Lenckner), para restringir a interpretação do crime de favorecimento pessoal. Em segundo lugar, porque tampouco expõe as razões as quais compara a sua teoria da solidarização com a teoria da impressão (teoria dominante

³⁷² Luis Greco. *Op. cit.*, p. 47

³⁷³ *Idem, Ibidem*, p. 46.

³⁷⁴ *Idem, Ibidem*.

³⁷⁵ *Idem, Ibidem*.

³⁷⁶ *Idem, Ibidem*.

³⁷⁷ Isidoro Blanco Cordero. *Límites a la participación delictiva – las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001, p. 56.

que fundamenta a punição da tentativa pelo fato dela gerar a impressão de que o ordenamento jurídico não vige). Depois, é ilegítimo punir alguém pelo simples fato de ter essa pessoa manifestado a sua solidariedade para um ilícito alheio³⁷⁸.

Por outro lado, em relação à construção de Schumann, sempre segundo Greco, seu problema principal é a imprecisão da ideia de solidarização, conceito altamente normativo. Não se sabe se ela deve ser entendida referente à realidade exterior ou a dados internos. Ainda que pareça ter sido utilizada por Schumann no sentido objetivo, a incerteza da ideia aumenta quando, para explicá-la, utiliza a teoria da imprecisão da tentativa, que não pode ser compreendida sem que se faça referência a momentos subjetivos³⁷⁹.

Corolário desta imprecisão, critica Greco, é a intolerável dose de aleatoriedade que surge das concretizações. A solução se torna simplista na medida em que há uma exclusão quase global das ações neutras, deslocando o problema: “este será não mais definir quando uma ação neutra é impunível, e sim definir o que é ação neutra, o que de modo algum se poderá considerar claro, a não ser que se esteja disposto a isentar de pena também, p. ex., o bancário do caso 7”³⁸⁰.

Expressamente, então, Greco se posiciona e conclui que justamente por ser imprecisa, a ideia de solidarização de Schumann não é um bom fundamento para participação³⁸¹.

4.5.2.3.2. Teoria da participação no injusto referida ao resultado

Ao referir-se a qualquer categoria sistemática e ao seu tratamento dado por Günther Jakobs, se faz necessário, ainda que brevemente, tecer considerações sobre a sua teoria *funcionalista-sistêmica da sociedade*³⁸², pelas suas peculiaridades.

³⁷⁸ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 47-8. No mesmo sentido destas críticas, para Blanco Cordero ideia da solidarização é insuficiente tendo em vista a necessidade de uma correlação causal entre a ação do partícipe e a do autor para se punir o partícipe. Assim, não seria possível responsabilizar-se um interveniente por colaborar nos planos criminosos de outro sujeito, sem que este plano viesse a ser executado. Fazê-lo seria separar os juízos de desvalor do resultado, com o desvalor subjetivo da ação (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 56).

³⁷⁹ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 50.

³⁸⁰ Na verdade, refere-se ao caso 6, exposto por ele: “(BGHSt 46, 107). Para não pagar os impostos devidos, deseja A transferir grande soma de capital para o exterior. B, funcionário de seu banco, dá-lhe assistência neste empreendimento, de modo a ocultar a transferência. Primeiramente, faz um depósito deste dinheiro não sob o nome de A, mas sob um nome código de conhecimento apenas do banco, em outro banco; depois, realiza um saque de todo o dinheiro que A desejava transferir; por fim, deposita o dinheiro em um banco no exterior. Punibilidade de B?” (*Idem, Ibidem*, p. 3).

³⁸¹ *Idem, Ibidem*, p. 50.

³⁸² Sobre o sistema funcionalista de Jakobs, assim como o de Roxin, entre nós, consultar Luís Greco. “Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e

Na teoria proposta por Jakobs, a missão do direito penal possui uma fundamentação sob a perspectiva sociológica funcionalista, com influência, limitada, da teoria dos sistemas de Luhmann, capaz de normatizar as categorias dogmáticas³⁸³.

Para Luhmann, no mundo em que vivem os homens, pleno de sentidos e complexo, quando da interação e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”: não se sabe ao certo o que esperar do outro, e muito menos o que se espera de nós. São as *expectativas* e as expectativas de expectativas que orientam o interagir humano na vida social, de modo a tornar a vida mais previsível em menos insegura³⁸⁴.

As expectativas, uma vez normatizadas (comportamento estabilizado)³⁸⁵ não se podem decepcionar sempre, sob pena de perderem a credibilidade. Por isso, deve haver alguma reação, que reafirme a validade da norma. No direito penal, isto ocorre através da pena³⁸⁶.

Jakobs abandona o ontologismo welzeliano, estabelecendo uma correlação entre a teoria da prevenção geral positiva e o exercício da fidelidade do direito. Nesse sentido, para o citado autor, a pena “tem uma função de garantir as expectativas sociais e se caracteriza pela prevenção geral, que é positiva e não intimidatória”, ou seja, a pena serve, em primeiro lugar, “para confirmar a confiança na norma; em segundo lugar, orienta para o exercício dessa fidelidade ao Direito e, por último, a sua imposição determina ao infrator suportar suas consequências”³⁸⁷.

O abandono do ontologismo provoca a substituição da causalidade e da finalidade, dados que edificavam o sistema naturalista e finalista, pelo conceito normativo de *competência*, que se consubstancia pelos *papéis* (um feixe de expectativas, relacionadas a

sistema jurídico-penal de Roxin”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 8, fac. 32, p. 120-163, out.-dez. 2000 e Antonio Luís Chaves Camargo. *Imputação objetiva e o direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 38-40.

³⁸³ Conforme sintetiza Antonio Luís Chaves Camargo. *Op. Cit.*, p. 39. Lembra, ainda em sua síntese, que a influência de Luhmann é reconhecida por Jakobs de modo parcial, in *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 10, e 26 e ss. No mesmo sentido Grego, quando afirma que, o que parece, Jakobs vem libertando-se do ponto de partida sociológico, em favor de uma filosofia por ele próprio desenvolvida (Luís Greco. “Introdução à dogmática...”).

³⁸⁴ Tudo conforme explica Luís Greco. *Ibidem.*

³⁸⁵ Na teoria de Luhmann, *normas* nada mais são do que “expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”, ou seja, contra os fatos: “significa que o desrespeito da norma não a tornará errada, mas que ela subsistirá, e definirá o comportamento contrário como errôneo, conforme esclarece Luís Greco, “Introdução”. Claus Roxin. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123.

³⁸⁶ Luís Greco. Introdução à dogmática funcionalista...

³⁸⁷ Nas palavras de Antonio Luís Chaves Camargo. *Op. Cit.*, p. 39. Na síntese do próprio Jakobs, “la pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social”. *Sobre la teoría da pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 34.

determinada pessoa).³⁸⁸ Não somente o autor dos crimes omissivos impróprios, como estabelece a doutrina tradicional, cada qual é garante dessas expectativas³⁸⁹.

É pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo, a posição de garante. Das interações sociais, a cada um compete se organizar de modo a não gerar decepções, ou não violar normas penais³⁹⁰.

Surgem, assim, dependendo do risco típico da classe de competência institucional³⁹¹, os *delitos por competência organizacional*, quem tem seu conteúdo negativo de dever genérico de controlar perigos emanados da própria organização³⁹².

Ao lado deles, existem os *delitos por competência institucional* onde, ao contrário do anterior, há expectativas de comportamento positivo, que exigem que a pessoa cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social³⁹³.

Corolário disto é que perde importância a distinção fundamental no sistema ontológico, entre crimes omissivos e comissivos, surgindo em seu lugar a distinção entre delitos por competência de organização e delitos por competência de instituição³⁹⁴.

O conteúdo do injusto é, genericamente falando, na teoria de Jakobs, a violação da expectativa organizacional ou institucional.

Sobre a participação criminal, apesar de Jakobs considerar que sua teoria da participação no injusto referida ao resultado corresponde, em suas consequências, à “teoria da causação orientada a acessoriedade”, ou seja, uma teoria que complementa a causação com a participação no injusto³⁹⁵, as divergências de fundamentação fazem com que dificilmente seja enquadrável nas teorias anteriormente mencionadas, como lembra Robles Planas³⁹⁶.

³⁸⁸ Luís Greco. Introdução à dogmática funcionalista...

³⁸⁹ E não de outras, pois “nem tudo incumbe a todos”, afirmação de Jakobs, citada por Luís Greco. *Ibidem*.

³⁹⁰ *Idem, Ibidem*.

³⁹¹ Os delitos de infração de dever são formas de reponsabilidade especial e autônoma, onde só tem cabimento a intervenção do autor, como explica M^a Victoria García del Blanco. *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 198.

³⁹² Luís Greco. Introdução à dogmática funcionalista...

³⁹³ Uma vez violada a expectativa, explica Greco, do direito procura esclarecer o fato. Ou o fato aconteceu através do acaso (estado de necessidade, culpa da vítima etc.) ou através da imputação de defeito de motivação a uma pessoa determinada. Na última hipótese, formula-se o juízo de culpabilidade, que identifica o sujeito como competente para a violação da norma (*Idem, Ibidem*).

³⁹⁴ *Idem, Ibidem*.

³⁹⁵ Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 798.

³⁹⁶ Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 798.

Jakobs entende que para determinação do injusto da participação, permita-nos concluir, que não deixa de ser violação da expectativa organizacional ou institucional, deve-se levar em conta as três considerações que seguem, em síntese³⁹⁷:

a) como as descrições dos tipos da Parte Especial compreendem só a execução no conceito de autor, a punição do partícipe é uma ampliação da punibilidade e está vinculada à concreta realização do tipo pelo autor ou a decisão sobre sua prática, ou seja, “sin el hecho principal no se lleva a cabo el injusto material de la participación”.³⁹⁸ Apesar de afirmar que o partícipe não configura e nem decide o fato como o autor, ressalva que tem ele uma parte do fato, só que reduzida *quantitativamente*³⁹⁹. Baseado na *acessoriedade quantitativa*⁴⁰⁰ entende que a execução do fato principal é obra do autor assim como do partícipe: “el comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra (también) suya (al igual que un socio responde también por aquellos negocios de una sociedad que no es él en persona quien los acuerda, *supra* 21/3)”⁴⁰¹.

b) A ampliação da punibilidade, como referido acima, é possível graças às disposições legais da participação. Também é a partir dela que se justifica a participação nos crimes especiais próprios. Mas o conteúdo desta ampliação nos delitos especiais próprios é distinto dos crimes comuns, cuja explicação Jakobs expõe, coerente com seu sistema, no sentido de que “*la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles; la participación en los delitos comisibles por cualquiera, por el contrario, conduce a la imputación a pesar de la división del trabajo*”⁴⁰². O injusto do partícipe, *extraneus*, depende do injusto do autor do fato principal, *intraneus*. “Sólo a través de una persona cualificada, la aportación del no cualificado llega a constituir defraudación de expectativas. Por eso únicamente en los

³⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 796.

³⁹⁸ Neste aspecto, Jakobs critica a teoria pura da causação (em suas vertentes) quando interpreta o requisito do fato principal como independente do injusto, “p.ej., concibiendo el hecho principal como necesario sólo fácticamente, o como mera mediación de la taxatividad del tipo (las acciones de participación no se describen en la Parte Especial)” já que, assim se posicionando, “se está pasando por alto la importancia de primer orden que presenta la ejecución del hecho en concepto de autor para el partícipe: Sin hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes, pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza (también) el comportamiento del partícipe (*supra* 21/3, 8 a, 61)” (Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 796-7).

³⁹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 796.

⁴⁰⁰ Na observação de Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 796.

⁴⁰¹ Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 796. Segundo Robles Planas, a partir daí, Jakobs concebe a participação como uma divisão de trabalho em uma organização comum, em uma obra única (o crime) (Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 128 e Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 129).

⁴⁰² Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 797.

delitos especiales la medida de injusto de un partícipe *extraneus* es como mucho tan alta como el injusto que realiza el *intraneus*”⁴⁰³.

c) Jakobs atribui a execução do fato principal também a obra do partícipe, por isto também por ele responderá. Também deve o partícipe pretender a consumação do fato principal, devido à causa comum, e, por conseguinte, o bem deve estar protegido em face dos ataques dele⁴⁰⁴.

Dessa forma, para Jakobs, “el injusto da participación consiste, pues, en el ataque propio – pero no en concepto de autor – a un bien por medio de la causación imputable de un hecho en concepto de autor, o más exactamente: *la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación*”⁴⁰⁵.

No contexto da sua teoria geral da imputação, o qual insere o problema da participação nas ações neutras, sempre coerente com seu sistema, para Jakobs a imputação objetiva do partícipe só ocorrerá quando houver uma violação de um papel⁴⁰⁶.

Como lembra Greco, o fundamental é que cada qual destes papéis é constituído de forma objetiva, por parte da sociedade e não dos indivíduos, não importando o que passa no foro interno, no plano subjetivo de cada cidadão⁴⁰⁷.

Não havendo violação de papéis, não há qualquer ação típica, pouco importando se quem contribui tem conhecimento de que o terceiro deseja praticar o fato criminoso (*conhecimento especial* insuficiente para fundamentar a imputação)⁴⁰⁸.

Deste modo, para Jakobs, ações neutras de cumplicidade nada mais são do que ações realizadas com conhecimentos especiais⁴⁰⁹, as quais, logicamente, não provocaram qualquer violação de papéis, caso em que as condutas não seriam neutras.

Finalmente, dos dois níveis de críticas que Greco apresenta a teoria exposta, merece destaque a que diz respeito aos problemas sobre o conceito de papel, que considera *ambíguo*, nos dois sentidos empregados por Jakobs, sociológico ou jurídico normativo. Compreendido no sentido sociológico, apesar de absurdo aos olhos do jurista, poder-se-á afirmar que, em todo homicídio, quem mata representa o seu papel de homicida. Não

⁴⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 797.

⁴⁰⁴ *Idem, Ibidem*, p. 797 e Ricardo Robles Planas. *Op. Cit.*, p. 798.

⁴⁰⁵ Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 798.

⁴⁰⁶ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 33-35.

⁴⁰⁷ Sendo segundo Greco, a maior virtude da proposta de Jakobs: “é não consistir ela em nada mais que a teoria geral da imputação”, não sendo, portanto, uma teoria *ad hoc*. Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁰⁸ O *conhecimento especial*, para Jakobs, é exterior ao papel, e por isto irrelevante, ao contrário da doutrina dominante que “deseja utilizar os conhecimentos especiais do autor já no âmbito da adequação, para expandir o âmbito do objetivamente previsível” conclui Luís Greco. “Introdução” In Roxin, *Op. Cit.*

⁴⁰⁹ Segundo conclui Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 39.

havendo violação do papel, não haveria imputação.⁴¹⁰ Ao revés, no sentido normativo, o conteúdo do sentido de papel se confundiria com o da própria norma que o compreende⁴¹¹.

4.6. Teorias de autores nacionais que explicam a problemática das ações neutras sem, necessariamente, se posicionarem sobre o fundamento do injusto da participação

Alguns autores brasileiros têm procurado enfrentar a problemática das ações neutras, a partir de diversas soluções. Em síntese, apresentaremos algumas delas as quais, foram por nós descartadas principalmente, pela imprecisão do critério proposto ou por estarem na zona de conforto da impunidade das ações neutras.

Para REALE, os exemplos limítrofes das ações neutras deverão ficar impunes seja pelo aspecto objetivo, seja pelo aspecto subjetivo. Sustenta que nestes casos não há vontade comum, e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do outro, sendo antes um ato unilateral, que, “na corrente causal, importa a um regresso ilimitado, distante de qualquer mínima interferência por parte do pretenso cúmplice”⁴¹².

No mesmo sentido pela atipicidade posiciona-se QUEIROZ, argumentando que a imputação implicaria na punição por conta de conduta exclusiva de terceiro. Nega que haja em tais casos autêntico concurso de pessoas, já que não existe adesão ao crime. Por fim, afirma que a punição, caso existisse, violaria o princípio da proporcionalidade, punindo, p.ex., da mesma forma quem emprestou arma e o autor do crime⁴¹³.

Para GRECO, primeiro autor nacional a aventar uma solução ao problema, as contribuições não manifestamente puníveis só poderão ser punidas se a proibição se mostrar proporcional, ou seja, idônea (entendida esta como um dos requisitos da

⁴¹⁰ O outro nível de crítica diz respeito a própria missão do direito penal para Jakobs, e merece leitura no original pela sua profundidade, apesar de exposta de maneira sucinta naquela ocasião (*Idem, Ibidem*, p. 38 e s.).

⁴¹¹ “Mas, ainda assim, Jakobs o aplica [conceito de papel] a vários casos, e chega a soluções que, pelo menos do ponto de vista de sua consistência interna, parecem convencer. Tal não seria a prova de que minhas objeções são infundadas? Creio que não. Porque o que Jakobs faz, a rigor, é *aproveitar-se da ambiguidade do conceito de papel, utilizando-o às vezes como um conceito sociológico, às vezes como jurídico*. P. ex., é claro que Jakobs não admitiria o papel de estuprador, com o que aparentemente negaria a concepção sociológica de papel. Mas, ao discutir o caso do taxista ou do padeiro diz claramente que o papel do padeiro é vender pães, e que o papel do taxista é levar o passageiro ao seu destino, ou seja, recorre a um conceito sociológico de papel, não faz referência a qualquer norma. Com o que concluímos que tampouco a construção de Jakobs representa uma alternativa plausível” (*Idem, Ibidem*, p. 42).

⁴¹² REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 319.

⁴¹³ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., p. 256-257.

proporcionalidade) para proteger o bem jurídico. Assim, p.ex., o vendedor de machado não será considerado partícipe de homicídio praticado pelo comprador da arma, porque este último poderia muito bem, diante da negativa da venda, adquiri-la em outro local.

Quando uma ação é idônea para proteger o bem jurídico? Para GRECO, o bem jurídico a ser protegido é visto em concreto. E mais: “não é preciso que a não-prática da ação proibida salve o bem jurídico; basta que ela melhore, de alguma maneira, a situação deste”⁴¹⁴. Esta melhora, igualmente, deve ser *relevante*, ou seja, capaz de, não existindo, piorar a situação do bem jurídico.

Interessante é a posição de LOBATO. Partindo da idéia de que o tema da neutralidade é “engodo hermenêutico”, apresenta a problemática sob dois aspectos distintos: o direito ao trabalho e o direito à propriedade, ambos ontologicamente idênticos⁴¹⁵.

Segundo sustenta, a solução dos casos limites se dará com base no instituto do abuso do direito, que apesar de ser de origem civilística (art. 187, CC), é perfeitamente adequado ao direito penal, como, aliás, já tem sido utilizado para soluções de problemas da antijuridicidade.

Assim, o questionamento sobre a possibilidade de uma pessoa que exerce uma profissão lícita e que está amparado no seu direito constitucional do trabalho ser considerada partícipe de crime, resolve-se com base na avaliação da licitude do seu exercício, ou seja, se foi “conforme os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, sob pena de haver o surgimento da figura do abuso do direito, desvelando o desamparo da conduta frente o ordenamento jurídico”⁴¹⁶.

Neste sentido, será partícipe de homicídio o taxista que conduz em seu carro cliente que se dirige à casa de sua ex-mulher para matá-la, já que fez uso abusivo de seu direito ao trabalho para concorrer à realização da prática criminosa⁴¹⁷. Da mesma forma, especificamente pelo abuso do direito de propriedade, será o vizinho que presenteia o outro com uma faca que servirá para prática de crime, já que o direito de propriedade deve ser exercido para fins lícitos.

⁴¹⁴ GRECO, Luís. *Cumplicidade...*, p. 140 e s.

⁴¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutra*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 99 e ss.

⁴¹⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutra*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 105.

⁴¹⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutra*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 107.

O engodo hermenêutico, segundo seu entendimento, residiria justamente no fato de que a neutralidade ou a cotidianidade da conduta nada mais é que uma capa ou um disfarce, já que se a conduta foi praticada extrapolando os limites da licitude, será castigada a título de participação, como em qualquer outro caso, sem nenhuma peculiaridade.

Considera, por fim, a importância do elemento subjetivo na análise típica da participação criminal, refutando o argumento de que aquele que age na sua profissão, assim o faz com fins lícitos e de forma independente da do autor, portanto, não havendo que responder por qualquer crime.

4.7A participação criminal e a imputação objetiva

4.7.1. A causalidade da contribuição delitiva do partícipe

Dissemos que a participação consiste na colaboração do fato do autor. Necessário se faz, assim, saber em que consiste esta “colaboração”.

Como visto anteriormente, ao comentarmos o contexto brasileiro sobre o concurso de pessoas, o vínculo com o nexos causal para determinação de responsabilidade era algo que a doutrina já considerava insuficiente antes de reforma de 1984, crítica que foi mantida com a lei vigente⁴¹⁸.

Afirmava-se e afirma-se que a teoria da equivalência das condições amplia excessivamente o âmbito da punibilidade. Aplicada nos seus exatos termos, acaba por punir, p. ex., quem diminui os prejuízos causados pelo autor ou quem dificulta a consecução de seus fins⁴¹⁹, deixando dúvidas sobre a extensão de sua abrangência.

⁴¹⁸ Obviamente, a descontentamento pela causalidade não se limitava ao concurso de pessoas, e gerou consequências para superá-lo. Mais no ponto de vista lógico que cronológico, como claramente manifesta-se Greco Filho, a insatisfação em face da causalidade naturalística e da teoria da *conditio sine qua non*, que leva ao infinito ou a Adão e Eva, gerou duas vertentes: a que procurou resolver o problema por meio de critérios objetivos e a que procurou resolvê-los por critérios subjetivos, no caso a culpa em sentido amplo. Na linha dos critérios objetivos, formulou-se a teoria da causalidade adequada, suficiente etc. No que diz respeito aos critérios subjetivos, desaguou o finalismo, onde ao inserir o dolo e a culpa no tipo, introduziu no processo de imputação o elemento subjetivo (Vicente Greco Filho. *Imputação objetiva: o que é isso?* Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, acesso em 20.10.2003).

⁴¹⁹ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 225. Para Greco, muitos casos em que se dificulta o autor na consecução dos seus fins podem ser resolvidos no âmbito da própria cumplicidade (assim considera por ele como auxílio material ou psicológico. Cita o seguinte exemplo: “Caso 3. (Variante de RGSt 6, p. 169 e ss.). A quer furtar uma residência, e pede ao chaveiro B que lhe faça uma chave falsa. B aquiesce e entrega a A uma chave. Na verdade, B quer somente atrapalhá-lo, para vingar-se do fato de A ter passado-lhe a perna no último trabalho que os dois fizeram juntos. Trocando em miúdos: é falso que se trata de um verdadeira chave

Nesse sentido, certo é que a teoria da equivalência das condições não deve ser rechaçada em si mesma, mas somente quando unida a uma concepção causalista de ação, pretende converter em típica toda conduta causal, algo que o finalismo tentou corrigir no aspecto subjetivo da imputação.

Clara é a observação de Lopez Peregrin a este respeito quando diz que a solução (objetiva) para o problema não está na modificação do conceito (ontológico) da causalidade, mas na redefinição do conceito (jurídico) da tipicidade, aplicada sem renúncia a causalidade. Segundo a autora, a fórmula da causalidade não serve para definir as condutas objetivamente típicas e sim para “descartar aquelas que, por não possuírem relação causal com o resultado, devem ficar impunes necessariamente”.⁴²⁰

4.7.2. A imputação objetiva do partícipe

A teoria da imputação objetiva surge, assim, como um instrumento essencial de análise capaz de complementar o ponto de vista empírico da relação causal a partir do fornecimento de outros critérios de imputação normativos, aplicável também para os casos de cumplicidade.⁴²¹

Os elementos que integram a imputação são analisados no plano da tipicidade, a partir do tipo penal descrito na norma. Seguindo a tese de Roxin, seus critérios são pautados na criação ou incremento do risco juridicamente relevante e que este se encontra presente no resultado, e são os seguintes: a) determinação do risco; b) âmbito de proteção da norma; c) proibição de regresso;⁴²² e e) conduta da vítima.⁴²³

falsa, a rigor, a chave não abre porta alguma. A tenta utilizar a chave que lhe fora entregue por B na porta, mas não consegue abri-la, somente entrando após arrombá-la, vindo a furtar vários objetos que ali encontravam”. Segundo afirma, se por um lado B não poderia ser punido como cúmplice porque nada ajudou (a chave era imprestável), por outro é indiscutível que ele deu causa ao resultado final (autor teve que arrombar a porta, já que a chave não serviu para abri-la). No entanto, não haverá punição por conta da ausência de cumplicidade, já que é “óbvio que quem atrapalha, não auxilia; ficaria, assim, de plano, excluída qualquer consideração sobre a tipicidade” do comportamento de B no referido caso. Outros casos, entretanto, haverá ajuda, auxílio etc., mas apesar de não se poder falar de cumplicidade, a teoria da cumplicidade não seria suficiente para promover a exclusão típica. Daí sustenta a aplicação da teoria da imputação objetiva (Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 13-14).

⁴²⁰ Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 179-180. De forma semelhante, Camargo afirma que a causalidade “é o juízo de fato, pressuposto para análise da imputação objetiva, que demonstra que um ação ou omissão determinou o resultado” (*Op. Cit.*, p. 137).

⁴²¹ V. por todos, Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 15 e ss. e Maria Carmen Lopez Peregrin. *Op. Cit.*, p. 225 e ss.

⁴²² A inclusão da proibição do regresso entre os critérios gerais é polêmica, sustentando Greco que o critério diz respeito mais a teoria da autoria e participação do que propriamente da imputação objetiva (Luís Greco. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75-77).

⁴²³ Cf. Antonio Luís Chaves Camargo. *Op. Cit.*, p. 137. A respeito do tema, consultar Claus Roxin. *Op. Cit.*, especialmente a introdução de autoria de Luís Greco, responsável pela tradução da referida obra. Ver também Luís Greco. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

São pressupostos para aplicação destes critérios: a) a existência de uma ação que determinou um resultado, e a existência de um fato, de acordo com a teoria da equivalência das condições (art. 13 do CP); b) presença de um risco não permitido; e c) o fato tenha característica de um tipo penal.⁴²⁴

No que diz respeito à participação (instigação propriamente dita e cumplicidade), combinando os critérios e os pressupostos acima, acreditamos que os critérios da imputação objetiva da participação estarão presentes quando houver: *i*) um incremento do risco não permitido; *ii*) que participação se traduza numa contribuição causal nos termos do art. 13 do CP, em se tratando de crime de resultado.

Note-se que o partícipe não cria o risco da prática do crime, que é do autor, e sim incrementa-o com sua contribuição.⁴²⁵

A análise da criação do risco é um aspecto fundamental para a imputação da participação, ou questionamento dela nos casos das ações cotidianas, e representa justamente o desvalor (objetivo) de sua ação.

A criação do risco pode ser analisada sob dois aspectos: um positivo e outro negativo.

Sob o aspecto positivo, haverá imputação quando houver a criação de um risco juridicamente desaprovado, que consiste numa ação perigosa para o bem jurídico protegido no tipo penal, cuja avaliação será feita em um juízo *ex ante* (prognose póstuma objetiva). Nas palavras de Greco: “uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera um possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico.”⁴²⁶

De outra banda, sob o aspecto negativo da criação de risco, não haverá imputação objetiva diante de um risco juridicamente irrelevante ou quando houver a diminuição do risco.

4.8. A missão do direito penal e o direito penal como um sistema aberto

Antes de nos posicionarmos a respeito da aplicabilidade de qualquer uma das teorias sobre a participação criminal acima em nosso ordenamento e, até mesmo, da teoria da imputação objetiva, necessário se faz apontar duas premissas da nossa tese.

⁴²⁴ Antonio Luís Chaves Camargo. *Op. Cit.*, p. 138.

⁴²⁵ No mesmo sentido, Otto, citado por Maria Carmen Lopes Peregrin. *Op. Cit.*, p. 227, nota de rodapé 6, que considera a observação irrelevante já que os efeitos práticos são os mesmos.

⁴²⁶ Luís Greco. *Op. Cit.*, p. 26.

Premissas que são, a propósito, de ordem geral, vale dizer, e seriam utilizadas para pautar uma posição em qualquer tema de direito penal. Dizem respeito à missão do direito penal e à característica do direito penal como sendo um *sistema penal aberto*.

Sobre a primeira, partimos do sistema teleológico ou racional-final desenvolvido por Roxin. Nesse sentido, será considerada como missão do direito penal, sob a perspectiva da política criminal, a proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo este o pressuposto para a punibilidade⁴²⁷.

A outra, de igual importância da primeira, é entender o direito penal como um sistema aberto, ou seja, passível de se integrar as novas soluções, quando os problemas a serem desenvolvidos apresentarem pontos de conflito não resolvidos, aproximando a dogmática penal da política criminal⁴²⁸.

Como explica Camargo, nesse sentido é que o direito penal busca aprofundar seus fundamentos, sob a influência da filosófica e sociológica, no sentido de manter sua legitimidade acompanhando as transformações sociais⁴²⁹.

Mas a abertura do sistema do direito penal não deve ser vista como algo arbitrário e em constante transformação, já que os conhecimentos científicos que foram assentados no próprio sistema, serão levados em conta. O que não acontece é o acolhimento em definitivo das antigas soluções que, por não serem permanentes, nem eternas, levadas a novos debates, poderão ser modificadas a qualquer tempo⁴³⁰.

Na presente tese, a abertura do sistema do direito penal permitirá uma investigação sociológica para legitimar, de acordo com as circunstâncias sociais de hoje, o fundamento do injusto da participação, ou seja, o desvalor da conduta do partícipe nos casos limites (mínimos) das ações neutras.

A pergunta de por que se deve punir as ações aparentemente neutras precede a outra: por que devemos perguntar se as ações neutras deve ser punidas já que, justamente por serem neutras, incrementam um risco permitido da conduta do autor? Por que indagar se um taxista deve ser punido como partícipe quando, em seu horário de trabalho, transporta um terrorista para um hotel a fim de concretizar um ataque a bomba, nada fazendo para impedir apesar de sabedor de toda trama?

A resposta da pergunta de porque perguntar qual o fundamento do injusto da figura da participação criminal nas ações neutras, em nossa opinião, deve ser respondida diante

⁴²⁷ Claus Roxin. *Op. Cit.*, p. 53.

⁴²⁸ Antonio Luis Chaves Camargo. *Op. Cit.*, p. 26 e s.

⁴²⁹ *Idem, Ibidem.*

⁴³⁰ *Idem, Ibidem.*

da abertura do sistema do direito penal a partir da sociologia, num estudo da solidariedade humana em suas diferentes modalidades (subjativa e objetiva).

Sobre estas passaremos a tratar o próximo capítulo para então definirmos o limite mínimo da participação criminal, sob nossa ótica, vale dizer, qual o critério para estabelecer o limite entre a ação neutra (impune) e a participação criminal.

5. DO DEVER DE SOLIDARIEDADE

5.1. As ciências sociais como sistema necessário de análise

Pretende este capítulo buscar a legitimação do tratamento dado pelo direito penal – assim considerado como um sistema aberto – no concurso de pessoas para prática do crime, especificamente nos casos em que ação do interveniente é de aparência lícita, mas que ao se vincular àquele que pratica crime, dúvidas surgem sobre referida licitude.

Em sua atividade cotidiana ou laboral, aquele que tem conhecimento de uma conduta ilícita de terceiro e, não obstante esse conhecimento, nada faz para evitar o resultado, manifesta-se, sobretudo, contrário à solidariedade nas relações sociais.

As mudanças socioeconômicas representadas pelo fenômeno da *globalização*, isto é, do aumento extremo nos vínculos entre localidades e cidadãos distantes uns dos outros⁴³¹, assim como os progressos tecnológicos recentes, sobretudo da informática e das comunicações, levaram a uma situação que teria como principal característica “a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”.⁴³²

As relações humanas – incluindo as atividades cotidianas ou laborais – nesta sociedade transformada, moderna, globalizada e de risco, dão uma nova dimensão ao debate do tema concurso de pessoas da dogmática penal.

⁴³¹ O conceito de globalização tem muitas definições possíveis, mas partiremos daquela dada por Anthony Giddens, que reproduzimos a seguir. “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 69.

⁴³² J. M. Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2008, p. 14. Nesta tese, a discussão das ciências sociais não abrangerá diretamente a perspectiva da “sociedade de risco”, elaborada inicialmente por Ulrich Beck, cuja aplicação no Brasil foi defendida principalmente pelo professor Antonio Luis Chaves Camargo, por acreditarmos que já existem diversos aportes entre seus discípulos esclarecedores sobre as relações entre este fenômeno e as tendências atuais do direito penal. Entre eles, citaríamos Alessandra Orcesi Pedro Greco. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Alamiro V. Salvador Netto. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; Pierpaolo C. Bottini. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, pp. 27-49; Luciano Anderson de Souza. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 107-111; Nelson Lacava Filho. *Responsabilidade penal do médico*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 211 e ss. etc. Entendemos que outros fenômenos sociológicos podem ser especialmente esclarecedores para a questão da criminalização das ações cotidianas, o que demonstraremos a seguir.

Daí nossa opção pelas ciências sociais cujo sistema pretende ser informador da dogmática penal, no sentido de esclarecer o fundamento ou limite do dever solidariedade neste contexto, de modo a possibilitar a construção legítima do desvalor do injusto de um partícipe cuja conduta neutra contribui para a prática de um crime.

Ressaltamos que nossa opção metodológica encontra respaldo na própria dogmática jurídica, como citado no capítulo anterior.

É o que também sustenta Mir Puig quando afirma que se deve enfatizar a necessidade da abertura para *valorização política* e o *realismo* na Política Criminal e, *por meio desta*, na Dogmática. Ao permitir, dessa forma, a valoração crítica e a elaboração progressiva conforme os postulados ideológicos que a sustentem, perderá sentido a acusação da dogmática como mero instrumento de poder constituído.⁴³³

Por isto, o contexto social em plena mudança vivido hoje é um pano de fundo inseparável para as recentes transformações do direito penal e, de acordo com Büllesbach, uma função permanente da ciência do direito é, precisamente, incorporar as transformações resultantes da evolução histórica e social.⁴³⁴

Em acréscimo, nossa postura está em harmonia com o entendimento de que a missão do direito penal, segundo acolhemos, visa a proteção subsidiária de bens jurídicos e deve ser vista, sobretudo, sob a *perspectiva da política criminal*.

Eliminadas as barreiras que insulam a dogmática penal da vida social (sem que nos descuidemos da consideração do caráter específico dos campos normativo e jurídico), uma vez que o estudo do direito é estudo de um *sistema social*, chegamos à importante conclusão que a ciência do direito penal é, ela própria, uma ciência social.⁴³⁵

⁴³³ *Estado, pena y delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, p. 31. No mesmo sentido e sob a perspectiva da sociedade de risco, Camargo lembra que o direito penal tem como objeto de análise e aplicação o contexto social que mantém como fundamento o pluralismo ideológico, vale dizer, deve o Estado levar em conta, no exercício do poder estatal, o pensamento da maioria, com respeito à minoria (Antonio Luis Chaves Camargo. *Sistema de penas, dogmática jurídico penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 27).

⁴³⁴ Alfred Büllesbach. “Saber jurídico e ciências sociais”. In: A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 481-482.

⁴³⁵ *Estado, pena y delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, p. 31. Está é nossa firme posição, mesmo cientes das dificuldades envolvidas na tarefa de superar o que Baratta denominou a escassa permeabilidade da ciência jurídico-penal às aquisições das ciências sociais, nitidamente verificadas na realidade brasileira, algo que Camargo já criticava com veemência ao apontar nosso sistema como sendo fechado, pautado no positivismo jurídico neokantiano (Cf. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 153 e ss. e Antonio Luis Camargo. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo:

5.2. A expansão do direito penal frente às transformações sociais: aspectos críticos

Ao revés, constata-se que os reflexos das transformações sociais tal como brevemente mencionado no tópico anterior produz efeitos no direito penal, mas sob outra ótica, que a doutrina denominou de expansionista.⁴³⁶

No Brasil, dita expansão já era denunciada por Greco Filho que, citando Dotti, contava sobre o fenômeno da “inflação legislativa” penal ocorrida na década de 90, quando foram promulgadas a maior parte das legislações penais especiais hoje vigentes.⁴³⁷

Assim considerada como uma tendência de “neocriminalização” no controle social contemporâneo, a expansão do direito penal efetivamente coloca em pauta a legitimação do poder punitivo do Estado, já que envolve não apenas novas infrações, mas também a *extensão da punibilidade* e o incremento das penas,⁴³⁸ ao pretender regular as novas condutas.

Cultura de controle é como denomina Garland a pulverização do controle social de natureza penal e a centralidade adquirida pelo direito penal na resolução de problemas sociais de natureza diversa característicos da sociedade contemporânea.⁴³⁹

E ainda, o “novo autoritarismo penal”, assim apontado por Landrove Díaz, com substância na política de “tolerância zero” (que, para o autor citado significa a *radicalização da intolerância*) e o “direito penal do inimigo”, ambos decorrentes de um “discurso da emergência”,⁴⁴⁰ leva ao recrudescimento penalizante direcionado ao “outro”, isto é, ao terrorista, ao estrangeiro ou ao elemento criminoso antissocial.

Cultural Paulista, 2002, p. 19-20 e, do mesmo autor, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 22 e ss.).

⁴³⁶ Ver por todos, Jesús María Silva Sánchez. *Op. Cit.*

⁴³⁷ Além da inflação legislativa, manifestou também Greco Filho seu inconformismo com os defeitos de técnica legislativa e o exagero de tipos penais abertos das leis então promulgadas, mas sempre mantendo sua preocupação de estabelecer parâmetros interpretativos a fim de que as leis alcançassem seus objetivos sem se tornarem inócuas ou instrumento de arbítrio (Vicente Greco Filho. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2007, p. 1-4).

⁴³⁸ Otfried Höffe. “Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo”. In: A. Eser *et al.* (orgs.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 330.

⁴³⁹ O que será abordado em detalhe ainda neste capítulo.

⁴⁴⁰ Cf. Gerardo Landrove Díaz. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 27 e ss.

O perigo que corremos hoje, nesta onda de expansão do direito penal, é, segundo Höffe, que a criminalização de condutas se degenere em “instrumento general para la pedagogía popular y la solución de conflictos”.⁴⁴¹

O direito penal deixa de ocupar o papel de *ultima ratio* e se torna, crescentemente, a resposta primária do Estado aos mais diversos conflitos sociais.⁴⁴² Assim consideradas, as transformações do direito penal põem em jogo o próprio Estado de Direito e a continuidade da plena vigência das liberdades democráticas.⁴⁴³

Outra crítica à resposta penal expansiva é que, contraditoriamente, transparece ela de ineficácia. Como afirma Souza, a resposta penal aos problemas e desafios resultantes das novas condições concretas é ela mesma profundamente marcada por contradições: “o Direito Penal, que parece a tudo tutelar, muito pouco consegue defender”.⁴⁴⁴

Percebe-se aqui o possível efeito deletério da abertura do sistema do direito penal. Se de um lado amplia o âmbito da discussão dos valores a serem tutelados pelo direito, o que é positivo e aceitável conforme sustentamos, de outro permite que a pretexto das novas transformações sociais surjam novas criminalizações etc.

No entanto, a expansão do direito penal não pode servir de consequência capaz de afastar a defesa de um direito penal assim considerado como um sistema aberto.

Isto porque as ciências sociais funcionam como um elemento informador da nova realidade, capaz de renovar o debate teórico da punição de modo a avaliar constantemente sua legitimidade na dogmática penal. Mas a dogmática penal não pode jamais perder seu conteúdo jurídico, próprio do seu sistema. É este conteúdo, o princípio da legalidade, intervenção mínima etc. que garantirá a manutenção de seus sistema.

E sobre este aspecto que trataremos no tópico seguinte, especialmente no que se refere ao dever de solidariedade humana.

⁴⁴¹ Otfried Höffe, *Op. Cit.*, p. 345.

⁴⁴² Um elemento essencial do direito penal contemporâneo é o fato de que “...del principio de protección del bien jurídico entraría en consideración un control del comportamiento a tener lugar en un estadio previo, en el que el Derecho penal sería utilizado como medio normal de regulación política” (Bernad Schünnehan. *Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, pp. 140-141.) Neste contexto, lembra Salvador Netto que as “instâncias sociais anteriormente tuteladas por formas normativas não-penais alcançam seu grau de relevância neste campo” (Salvador Netto, *Op. Cit.*, p. 19).

⁴⁴³ Landrove Díaz, *Op. Cit.*, p. 27.

⁴⁴⁴ Souza, *Op. Cit.*, p. 23.

5.3. O dever de solidariedade e a expansão do direito penal

Nossa tese centra-se na ideia de que o limite mínimo da participação vai ser definido por critérios tendo como referência a falta de dever de solidariedade.

A este respeito pergunta-se: deve ou pode o Estado voltar o poder punitivo contra todos os cidadãos, indiscriminadamente, para que estes se tornem vigias uns dos outros?

Não defendemos nesta tese uma abordagem sem restrições da ideia de *dever de solidariedade*, o que para nós implicaria na criminalização de condutas de intervenção que não deveriam ser abarcadas pelo direito penal, em um exemplo típico do fenômeno citado de “neocriminalização”.

Por este motivo, optou-se no próximo capítulo por um critério que entendemos capaz de limitar ações puníveis (de participação) dos atos cotidianos impunes, em consonância com o que determina o princípio da legalidade e do direito penal mínimo.

Estamos cientes da advertência de A. Giddens de que “não podemos controlar a vida social completamente, mesmo considerando que nós mesmos a produzimos e reproduzimos em nossas ações”.⁴⁴⁵

Qualquer tentativa no sentido contrário provocaria o fenômeno descrito por Büllesbach, da *apatia de sanção*,⁴⁴⁶ ou seja, de um esvaziamento relativo do monopólio da violência física do Estado decorrente da previsível relutância do cidadão médio em investir-se da posição de garante frente a todo e qualquer delito.

Parece-nos que tal prognóstico, ainda que esteja cada vez mais próximo da experiência concreta, é fortemente contrário aos princípios fundamentais das sociedades democráticas. Se determinados deveres necessitam da contrapartida penal como garantia

⁴⁴⁵ Giddens, *Op. Cit.*, p. 153.

⁴⁴⁶ “Na nossa sociedade verifica-se uma monopolização do poder de impor sanções. Para isso, são necessários processos de jurisdição especialmente regulados, órgãos de coação para imposição das sanções e uma organização de verificação do desvio da norma. Quando a eficácia da norma depende apenas do público, registra-se um elevado número de transgressões não registradas, ao mesmo tempo que se encontra uma diminuta disposição para a denúncia; é o que acontece, por exemplo, nos roubos nas lojas. Nota-se uma *apatia de sanção* por parte do público que diminui a efetividade da norma.” (Büllesbach in Kaufmann, *Op. Cit.*, p. 489, realce nosso)

de sua efetividade, a aplicação ampla e irrestrita da criminalização para assegurar determinadas condutas pode gerar um dano social ainda maior.

Segundo Garland, as últimas décadas se caracterizam precisamente por uma política de pulverização do controle social sobre o crime, isto é, de uma retração do monopólio legítimo da violência nas mãos do Estado em favor de um papel mais ativo das comunidades, empresas – não apenas aquelas diretamente vinculadas à segurança –, organizações da sociedade civil e, em última instância, do cidadão comum.⁴⁴⁷

Como afirmou Paschoal sobre este contexto, “pode-se identificar mesmo uma tendência de todos serem garantidores de todos”.⁴⁴⁸ Assim, o perigo ao qual nos referimos no que diz respeito às ações neutras é real e, portanto, merece estar presente com mais frequência nas investigações sobre o direito penal contemporâneo.

Mas entendemos que apelo ao fato de que a solidariedade é um elemento essencial da vida em sociedade, implica por si só que se atribua à sanção penal o papel de garantia em última instância de cumprimento do gesto solidário.

Para melhor situarmos na nossa posição, adiantamos a diferença que se extrai da doutrina sociológica no sentido de que a solidariedade pode ser objetiva e subjetiva.

A solidariedade subjetiva pode ser assim entendida como um sentimento de simpatia, ou um dever religioso, ou manifestação espontânea de um bom cidadão, cada um agindo segundo seu juízo de valor ou critério pessoal.⁴⁴⁹

Do ponto de vista subjetivo, a solidariedade só faz sentido se não for fruto de uma obrigação jurídica determinada ou, o que é mais grave, penalmente tutelada, já “un deber solamente moral no es fundamentalmente suficiente para determinar una posición de garante”.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ “...tem-se verificado uma tentativa coordenada do governo central [...] de ir além das organizações de seu próprio sistema de justiça criminal e de estimular os cidadãos, as comunidades, o setor comercial e outros atores da sociedade civil a empenhar-se na redução do crime. Numa total inversão da tendência de monopolização do controle do crime pelas agências governamentais, O Estado começou a enviar esforços no sentido de ‘pulverizar’ a resposta social – isto é, de disseminar o esforço voltado ao controle do crime para além das organizações estatais que, anteriormente, buscavam monopolizá-lo”. David Garland. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 64.

⁴⁴⁸ *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: SAE, 2011, p. 61.

⁴⁴⁹ Neste ponto, pretendemos apresentar uma manifestação de solidariedade diferente da que fez Schumann, ao apresentar seu fundamento do injusto da participação, e que recebeu críticas de Greco, no sentido da “extrema imprecisão da ideia de solidarização”, conforme explicado no capítulo anterior.

⁴⁵⁰ Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 121.

A solidariedade é um gesto livre do concidadão consternado e pode ter motivação nos mais variados sentimentos, valores e referenciais culturais. A decisão de transformá-la em um dever necessita ser acompanhada de uma justificativa adequada e terá sempre caráter excepcional.

Posto em outros termos, pode-se argumentar que a solidariedade é um traço inerente a todo cidadão responsável, que é parte integrante da vida coletiva, mas não se pode atribuir uma raiz única (a bondade intrínseca do homem, a cultura cristã etc.) à ação solidária nem transformá-la indiscriminadamente em um dever.⁴⁵¹

Nem toda conduta “não-solidária” é uma conduta desviante e, muito menos, uma conduta lesiva.

O desafio permanente, contudo, consiste em distinguir aquelas condutas que são passíveis de prescrição jurídica – na qual a ação solidária se transforma em dever – e, dentre estas, quais devem ser penalmente asseguradas.

Para tanto, é nossa intenção neste capítulo recorrer a uma perspectiva de natureza *objetiva* de solidariedade, calcada no tratamento dado pela sociologia. Escapariamos assim das armadilhas inerentes à fluidez e ao caráter relativo resultantes do uso de outros conceitos de solidariedade no direito penal, avançando rumo à um critério mais claro no que diz respeito à possível criminalização das ações neutras.

Nesse sentido, acreditamos que o melhor seria recorrer ao pensamento sociológico tanto na figura de um representante clássico das ciências sociais (Émile Durkheim), quanto de pensadores voltados à problemática social contemporânea (A. Giddens e D. Garland).

O estudo da solidariedade, de acordo com a perspectiva sociológica, portanto, trata dos vínculos objetivos que integram os diferentes membros do corpo social, que mantém a sociedade coesa e em funcionamento articulado, como veremos.

5.4. O conceito de solidariedade de E. Durkheim e o direito penal.

⁴⁵¹ Estamos de total acordo com Janaína Conceição Paschoal quando afirma lapidarmente: “Inconcebível é sustentar que a solidariedade deve ser estimulada por meio do Direito Penal e, pior, mediante a punição de condutas não previstas expressamente pela lei...”. *Op. Cit.*, p. 69.

5.4.1. Os “fatos sociais”

Émile Durkheim (1858-1917) é considerado um dos fundadores da sociologia, campo das ciências sociais. Atribui-se à Durkheim, ao lado de Max Weber e Karl Marx, autores radicados em contextos diversos e com perspectivas distintas, a sistematização do estudo científico da realidade social.

Cada um dos três trazem sua concepção alternativa a respeito do método, dos procedimentos e dos objetivos das ciências sociais. Enquanto campo *contencioso*, no qual uma via única seria impossível, cada um dos autores traz também objetos de estudo distintos e conclusões, por vezes, antagônicas sobre fenômenos analisados em comum.

A opção por Durkheim como referência fundamental para este capítulo e para a perspectiva sociológica que temos como objetivo desenvolver, parte justamente daquilo que o diferencia dos outros dois autores da sociologia: sua dedicação e aprofundamento na temática das formas de solidariedade que embasam a vida social, sua preocupação com o papel do direito e, especialmente, do lugar ocupado pelo direito penal nas sociedades modernas.

Lembre-se que, discípulo de Auguste Comte, Durkheim também é representante do positivismo, que no campo das ciências sociais recebe uma definição distinta do direito, conforme será explicado adiante.

A sociologia de Durkheim centra-se sobre o que ele chama de *fatos sociais*, isto é, fenômenos resultantes da ação de vários indivíduos e que podem assumir as mais diversas formas. De acordo com o autor, “...para que haja fato social, é preciso que vários indivíduos, pelo menos, tenham juntado sua ação e que essa combinação tenha produzido algo novo”.⁴⁵²

A nova realidade constituída pela ação de tais indivíduos estabelece “algo novo”, porque não pode ser confundido com a mera *soma* das partes que a compõem, isto é, passa a ter novas características e deve ser estudada com um conjunto diverso de conceitos.

⁴⁵² Émile Durkheim. *Regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XXIX.

Em outras palavras, não basta compreender a ação de cada indivíduo para analisar um fato social,⁴⁵³ já que este tem outras leis que regem seu funcionamento, leis distintas daquelas que fundamentam o comportamento dos indivíduos.⁴⁵⁴ A necessidade da sociologia parte, para E. Durkheim dessa constatação.

De acordo com sua perspectiva metodológica, os *atos sociais* são produto da ação dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, independem da vontade destes. Possuem uma existência externa a cada indivíduo em particular e a ele se impõem de maneira coercitiva.⁴⁵⁵ Entre os exemplos dados por Durkheim estão a religião, a moral e as regras jurídicas.

Voltando à questão do que define o positivismo na sociologia, além de ter como objeto a análise dos fatos sociais, há também a questão da perspectiva adotada frente a estes. Para Durkheim, isso pode ser resumido em uma conhecida frase: “a primeira regra e a mais fundamental é *considerar os fatos sociais como coisas*”.⁴⁵⁶

Mas o que ele pretende dizer com a conhecida afirmação?

Primeiramente pretende estabelecer uma perspectiva *científica*, análoga àquela praticada nas ciências naturais, ou seja, uma perspectiva alçada em um método e que tem como finalidade revelar as “leis” por trás de cada fato observado.

Assim, a despeito dos fatos sociais serem resultado direto das ações dos indivíduos, ao contrário dos fenômenos naturais, “é preciso estudá-los de fora, como coisas exteriores, pois é nessa qualidade que eles se apresentam a nós”.⁴⁵⁷ A propósito, é importante lembrar que se trata de uma perspectiva mais afinada ao momento histórico vivido pelo autor, o século XIX.

Não obstante, sem partilhar integralmente de sua perspectiva, necessária foi esta breve exposição dos traços básicos das regras do *método* de Durkheim, pois é a partir dela que será possível compreender sua noção *objetiva* de solidariedade.

⁴⁵³ A sociologia não se confunde, portanto, com a psicologia social : “Todo indivíduo come, bebe, dorme, raciocina, e a sociedade tem todo o interesse em que essas funções se exerçam regularmente. Portanto, se esses fatos fossem sociais, a sociologia não teria objeto próprio, e seu domínio se confundiria com o da biologia e da psicologia”. *Idem, Ibidem*, p. 1.

⁴⁵⁴ Nas palavras do autor, os fatos sociais “têm uma maneira de ser constante, uma natureza que não depende do arbítrio individual e da qual derivam relações necessárias”. *Idem, Ibidem*, p. XXX.

⁴⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p. 3.

⁴⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 15.

⁴⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 28.

Para Durkheim, os sentimentos ligados à manifestação *subjetiva* da solidariedade (a disposição de fazer o bem, a preocupação com a situação do próximo etc.) saíam do campo de estudos da sociologia. A solidariedade quando vista como *fato social*, como objeto da ciência social, é um fenômeno independente de tais sentimentos.

5.4.2. A divisão de trabalho

Há, contudo, outro fenômeno social que Durkheim analisa antes de partir para o estudo das formas de manifestação da solidariedade.

Trata-se da *divisão do trabalho*. Percebe que a especialização mais ou menos complexa não está presente apenas no interior indústria capitalista moderna, quando é descrita por Adam Smith, mas que caracteriza a vida em sociedade em suas mais diversas formas.⁴⁵⁸

O autor buscará então compreender a função da divisão do trabalho, isto é, a necessidade a qual ela corresponde.⁴⁵⁹

Constata, assim, que não apenas pode-se realizar tarefas com maior eficiência e perícia quando há especialização, como também a especialização tem um efeito muitas vezes ignorado, mas ainda mais fundamental: fortalece os vínculos entre aqueles que dividem as tarefas: “...os serviços econômicos que [a divisão do trabalho] pode prestar são pouca coisa em comparação com o efeito moral que ela produz, e sua verdadeira função é criar entre duas ou várias pessoas um sentimento de solidariedade”.⁴⁶⁰

O efeito *moral* ao qual Durkheim se refere é seu efeito socialmente benéfico, já que moral, segundo a definição de que ele utiliza, é algo que exerce uma função essencial para a manutenção da vida em sociedade (*não há, portanto, juízo de valor em sua noção de moral*).

A divisão do trabalho teria como função, portanto, estreitar os vínculos entre os diferentes indivíduos e tais vínculos são mais estreitos quanto mais especializadas forem as suas atividades.

⁴⁵⁸ Émile Durkheim. *Da divisão social do trabalho*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1 e ss.

⁴⁵⁹ *Idem, Ibidem*, p. 13.

⁴⁶⁰ *Idem, Ibidem*, p. 21.

A especialização faz com que os esforços dos diferentes membros da sociedade se somem, porque estes esforços passam a ser complementares, uns não podem ocorrer sem os outros. Se as funções também têm, por conta disso, um aumento de rendimento, isso é algo secundário perante o aumento na *solidariedade* gerado pela divisão do trabalho.⁴⁶¹

Mais do que um meio de elevar a capacidade produtiva ou a riqueza material, a crescente divisão do trabalho é a principal garantidora da *coesão* de uma dada sociedade.⁴⁶²

Quando Durkheim chega a esta conclusão no plano conceitual encontra um problema: a solidariedade social não pode ser observada, medida, quantificada por se tratar de um fenômeno puramente “moral”. Para analisá-la seria necessário encontrar um fato externo que a simbolizasse, a saber, *o direito*.⁴⁶³ “De fato, a vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e de mais preciso”.⁴⁶⁴

5.4.3. Conceito objetivo de solidariedade e o direito (penal)

O direito é símbolo visível da solidariedade. É através dele que se pode observar cientificamente o grau em que uma sociedade é solidária, o quanto é coesa. A solidariedade é a causa e o direito o efeito.

Assim, há em Durkheim um conceito *objetivo* de solidariedade. Esta corresponderia aos vínculos estabelecidos entre os homens que permitem que vivam em uma coletividade articulada. O direito é a forma visível destes vínculos e varia na medida em que estes são mais ou menos estreitos. Do que se pode concluir que existem formas diferentes de solidariedade social às quais correspondem modalidades diferentes do direito.

⁴⁶¹ “Portanto, é a repartição contínua dos diferentes trabalhos que constitui principalmente a solidariedade social e que se torna a causa elementar da extensão e da complicação crescente do organismo social”. *Idem, Ibidem*, p. 29.

⁴⁶² *Idem, Ibidem*, p. 30.

⁴⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 31.

⁴⁶⁴ *Idem, Ibidem*, pp. 31-32.

Para classificá-las, parte para a análise das diferentes sanções possíveis. Separa-as em sanções *repressivas*, de um lado, e *reparadoras*, de outro. Como se pode deduzir, as primeiras equivalem ao direito penal e as últimas aos demais ramos (civil, comercial, administrativo, constitucional etc.).⁴⁶⁵

A definição de dada por Durkheim a respeito do direito penal está, sem dúvida, bastante afinada ao seu tempo, mas é um tanto inadequada para os dias atuais.⁴⁶⁶ Não obstante, duas de suas análises nos interessam em especial. Sua vinculação do direito repressivo a um modelo de sociedade menos coesa e mais primitiva e sua crítica à faceta retributiva do direito penal. Aliás, digno de nota que esta última ideia é uma interessante contribuição de seu pensamento e, ao que consta, não é resgatada com a frequência com que deveria.

Neste sentido, Durkheim vê a pena, essencialmente, como uma forma de vingança.⁴⁶⁷ Se nas comunidades primitivas isso é mais visível, porque é nítida a ausência de qualquer perspectiva de punição justa ou útil, o caráter de vingança e de expiação coletiva não pertenceria apenas ao direito penal ancestral.

Mesmo na atualidade, ainda são “os sentimentos sociais que o ato criminoso ofendeu”⁴⁶⁸ que afloram quando é julgado um crime que desperta a opinião pública (algo hoje potencializado, sem dúvida, pela atuação da grande mídia),⁴⁶⁹ o que leva Durkheim à seguinte conclusão: “A pena consiste, pois, essencialmente, numa reação passional, de intensidade graduada, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído contra aqueles de seus membros que violaram certas regras de conduta”.⁴⁷⁰

5.4.4. A solidariedade (objetiva) mecânica e o direito penal

Menos do que os possíveis problemas dessa definição, o que nos interessa aqui é o juízo de Durkheim que o direito penal corresponde a um tipo de sociedade, a uma modalidade específica de solidariedade. Trata-se da *solidariedade mecânica*, ou

⁴⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 37.

⁴⁶⁶ “...podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva”. *Idem, Ibidem*, p. 51.

⁴⁶⁷ Cf. *Idem, Ibidem*, p.56 e ss.

⁴⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 61.

⁴⁶⁹ “Assim, a natureza da pena não mudou essencialmente. Tudo o que se pode dizer é que a necessidade de vingança está mais bem dirigida hoje do que ontem”. *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁴⁷⁰ *Idem, Ibidem*, p. 68.

seja, daquela que caracteriza as sociedades nas quais a divisão do trabalho é menos desenvolvida.

Nestas sociedades menos desenvolvidas a similitude é reinante entre os indivíduos, daí que sentimentos coletivos podem mais facilmente ser partilhados e um sentimento de vingança ou de ofensa comum ocasionado por um crime receberá uma resposta violenta e reativa. Assim, de acordo com o autor citado, no caso da solidariedade mecânica, “as vontades se movem espontaneamente e em conjunto no mesmo sentido”.⁴⁷¹

A punição aparece como meio de manter a coesão social abalada pela atuação desviante de um de seus membros. A similitude que caracteriza a maioria dos indivíduos, graças à divisão do trabalho pouco desenvolvida, leva ao desejo de expiação do crime por meio da punição.⁴⁷²

Disto se conclui que, para Durkheim, o direito repressivo representa uma etapa menos complexa do desenvolvimento social, uma fase na qual a divisão do trabalho ainda não gerou diferenças suficientes entre os indivíduos para que não se sintam tomados por um sentimento de vingança comum quando ocorre um crime.

O tipo oposto de direito é aquele que, no plano das relações individuais, tem por função *restituir* um dano produzido por outrem. Esta modalidade do direito não se alimenta do desejo coletivo de vingança, já que frequentemente envolve questões de pouca importância social: a celebração de um contrato, de um casamento etc.⁴⁷³ Referem-se ao caso singular ao qual estão vinculados e interessam pouco à “consciência coletiva”. Tratam-se de operações jurídicas que, tomadas individualmente, possuem pouca relevância para a sociedade em geral, mas são realizadas com enorme frequência nas sociedades onde a divisão do trabalho é mais desenvolvida.

Para que as formas não penais do direito possam predominar, há que reinar uma complementariedade entre os diferentes integrantes de uma dada sociedade. O fato de que se institui uma avançada divisão de tarefas é a base de uma coesão social muito mais significativa do que em sociedades menos complexas.

⁴⁷¹ *Idem, Ibidem*, p. 79.

⁴⁷² “...existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciência são comuns a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente, pelo menos no que tem de essencial”. *Idem, Ibidem*, p. 83. Na obra que citamos anteriormente Durkheim reafirma este posicionamento: “Claro, não é a pena que faz o crime, mas é por ela que ele se revela exteriormente a nós, e é dela portanto que devemos partir se quisermos chegar a compreendê-lo”. E Durkheim. *Regras...*, *cit.*, p. 43.

⁴⁷³ De acordo com o autor, “...o contrato é, por excelência, a expressão jurídica da cooperação”. *Idem, Ibidem*, p. 100.

O sentimento que predomina não é a comunhão de inclinações e tendências, mas a reciprocidade entre os diferentes membros da coletividade. Nas palavras de Durkheim, “essa reciprocidade só é possível onde há cooperação, e esta, por sua vez, não existe sem a divisão do trabalho. Cooperar, de fato, é dividir uma tarefa comum”.⁴⁷⁴

A própria organização do sistema judiciário é afetada pela diferença entre a predominância do direito repressivo e do direito restaurativo. Enquanto o aparato da justiça criminal varia pouco e possui órgãos que não se caracterizam pela especialização, aos demais ramos do direito corresponde uma variedade muito maior de tribunais e outros organismos.⁴⁷⁵

5.4.5. A solidariedade (objetiva) orgânica

As sociedades caracterizadas pelo segundo tipo de solidariedade, a *solidariedade orgânica* podem ser ilustradas pela sofisticação de suas instituições, pelo predomínio da individualidade sobre os sentimentos coletivos e pela maior articulação entre seus diferentes integrantes.⁴⁷⁶ A dependência mútua aparece como correlato desta forma de solidariedade e o instrumento mais adequado para regular estas relações cooperativas é o que Durkheim denomina de direito restitutivo.

A despeito do maior grau de interdependência que marca as sociedades cuja solidariedade é orgânica, nelas verifica-se maior liberdade e um desenvolvimento mais profundo de cada indivíduo.

Isto porque, no caso das sociedades marcadas pela solidariedade mecânica, a predominância do corpo social sobre o indivíduo é absoluta e este, um átomo muito semelhante aos demais, vive uma existência insegura, submissa às determinações da coletividade.⁴⁷⁷ Como a punição emana do sentimento coletivo, o arbítrio e as penas severas são predominantes.

⁴⁷⁴ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁴⁷⁵ Nas palavras do autor: “Enquanto o direito repressivo tende a permanecer difuso na sociedade, o direito restitutivo cria órgãos cada vez mais especiais: tribunais consulares, tribunais trabalhistas, tribunais administrativos de toda sorte” *Idem, Ibidem*, p. 87.

⁴⁷⁶ Para uma comparação sistemática entre as duas formas de solidariedade, Cf. *Idem, Ibidem.*, p. 105 e ss.

⁴⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 106.

Durkheim entende, portanto, que o caráter repressivo do direito é maior naquelas sociedades em que a divisão do trabalho é menos desenvolvida, algo verificável historicamente, uma vez que sociedades mais primitivas recorreriam mais prontamente ao direito penal que a outras formas de resolução de seus conflitos internos.⁴⁷⁸

Neste sentido, para retomarmos o tema desta tese, a evolução social deveria, segundo Durkheim, caminhar paralelamente a uma diminuição da esfera abarcada pelo direito penal que retrairia de forma progressiva.⁴⁷⁹

O atual processo de expansão pelo qual passa o direito penal contraria a previsão durkheimiana, mas as considerações do autor sobre a relação entre divisão do trabalho e solidariedade social possibilitam algumas hipóteses relevantes para a questão da criminalização das ações aparentemente neutras.

Testemunhamos hoje uma sofisticação da divisão do trabalho como nunca antes vista. O que Durkheim ainda nos ensina é que isso cria um maior grau de interdependência entre os diferentes integrantes da sociedade e, conseqüentemente, um maior grau de cooperação.⁴⁸⁰

O estreitamento dos vínculos sociais teria, no entanto, outra consequência: as ações de determinados indivíduos ocupando posições estratégicas na divisão do trabalho podem acarretar consequências para pessoas em pontos muito distantes do corpo social.

Neste sentido, poder-se-ia argumentar que os vínculos mais estreitos determinam que cada um tem mais responsabilidade pela manutenção da integridade da vida social. E mais: o dever de impedir o resultado se imporia com mais força do que

⁴⁷⁸ Durkheim se dedica a comprovar este ponto de vista com exemplos históricos que incluem o Velho Testamento, a Antiguidade Clássica e a Lei das XII Tábuas. Cf. *Idem, Ibidem*, pp. 111-126. Zaffaroni, contudo, contesta esta visão propondo exatamente o contrário: “También es claro que en las sociedades originarias predomina justamente, el modelo repositivo y reparador, y que el punitivo es propio de la sociedad compleja verticalizada”. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 153.

⁴⁷⁹ Não ignoramos que o sociólogo francês também enunciou que o delito seria “un fenómeno normal y necesario en toda sociedad, porque pensaba que es lo que la cohesionaba al reaccionar contra él. Más aún: creía que la disminución del crimen por debajo de ciertos limites es un indicador negativo, porque señalaría un debilitamiento de la solidaridad social”. *Idem, Ibidem*, pp. 152-153. Levando em conta a apreciação de Zaffaroni, ainda assim acreditamos que na leitura de Durkheim sobre o direito penal predomina o tom crítico e mesmo favorável à descriminalização. Para o autor francês, por exemplo, o direito penal sempre possui caráter de vingança e ocupa um posto inferior às demais áreas do direito quanto à resolução de conflitos, o que nos parece uma importante lição que não perdeu sua validade nestes tempos de expansão do direito penal.

⁴⁸⁰ “...a solidariedade mecânica não vincula os homens com a mesma força da divisão do trabalho. [...] É a divisão do trabalho que, cada vez mais, cumpre o papel exercido outrora pela consciência comum; é principalmente ela que mantém juntos os agregados sociais dos tipos superiores”. E Durkheim. *Da divisão...*, cit., p. 156.

nunca já que o grau de solidariedade vigente na sociedade atual teria atingido seu nível mais alto.

Se encarado do ponto de vista objetivo, o conceito de solidariedade auxiliaria a justificar o momento expansivo do direito penal?

Não, pelo contrário. De acordo com a leitura de Durkheim a evolução da divisão do trabalho responsável pelo aumento da solidariedade acarretaria uma regressão no caráter repressor do direito.

A ausência de uma resposta clara aos problemas atuais na obra de Durkheim é esperada. Afinal, trata-se de uma perspectiva sociológica oriunda de finais do século XIX e, do ponto de vista das escolas penais, estão mais próximas das de Franz von Liszt.⁴⁸¹ O que ela nos auxilia é com o estabelecimento de um conceito de solidariedade como fenômeno social e não como inclinação individual ou ação do cidadão consternado.

Isto não significa que a dimensão subjetiva da solidariedade seja irrelevante para o direito penal, apenas que não é possível, unicamente com base nesta forma de solidariedade, determinar o alcance razoável da criminalização no caso das ações neutras. O conceito objetivo de solidariedade, por sua vez, auxilia na compreensão das possíveis razões da extensão do dever de agir em matéria penal.

Finalmente, a fim de complementar as conclusões de Durkheim, passa-se a análise do pensamento de Anthony Giddens, autor contemporâneo, que se refere aos problemas atuais enfrentados pelo direito penal.

5.5. A. Giddens e a nova modernidade

Giddens tem como preocupação central as transformações que caracterizam as últimas décadas e que configurariam uma nova etapa da modernidade.

De acordo com o que sustenta, estaríamos enfrentando um momento no qual a modernidade revelaria, pela primeira vez, sua real natureza e tornaria explícitas determinadas consequências apenas latentes nos últimos séculos.

⁴⁸¹ Cf. Franz von Liszt. *Tratado de direito penal alemão*. Rio: Briguiet, 1899 [edição em fac-símile].

Não pretende Giddens, portanto, dar um quadro da suposta decomposição do projeto moderno, do seu fracasso. Ao contrário, vê os desafios atuais e as mudanças em curso como a expressão mais verdadeira da essência do moderno. Viveríamos, portanto, a modernidade em sua plenitude pela primeira vez o que não coincide com um estágio no qual os velhos problemas foram superados ou mesmo muito reduzidos.⁴⁸²

Esta fase coincide com o aparecimento de novos problemas e com o agravamento de outros, ainda que, em determinadas esferas, haja mais certeza e segurança do que nunca. É por isso que abre seu texto afirmando que a modernidade é um “fenômeno de dois gumes”.⁴⁸³

Assim, a análise de Giddens está longe de ser uma condenação global da época atual ou um apelo nostálgico pelo mundo de antigamente. Esta ideia é clara quando ele afirma que “o desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno”.⁴⁸⁴

Contudo, a modernidade teria também seu “lado sombrio”, isto é, seria ao mesmo tempo um mundo repleto de perigos, como por exemplo o potencial destrutivo da indústria no que diz respeito ao meio-ambiente, a proliferação e o salto em letalidade das guerras com a soma entre militarismo e industrialismo entre outros exemplos.⁴⁸⁵

A maneira como Giddens buscará esclarecer este caráter duplo da modernidade em sua fase mais recente é através do estudo da maneira como são organizadas as esferas do *tempo* e do *espaço*, bem como a relação entre ambas. Nas palavras do autor, interessa-o compreender “as condições nas quais o tempo e o espaço são organizados de forma a vincular presença e ausência”.⁴⁸⁶

Como já foi afirmado acima, Giddens não vê nenhuma novidade absoluta nos fenômenos que caracterizam os tempos atuais, apenas o agravamento de tendências inerentes à modernidade e atuantes desde seu princípio.

⁴⁸² Para a discussão específica sobre o caráter da época em que vivemos, na qual o autor discute os termos “modernidade”, “pós-modernidade” e “modernidade reflexiva”, cf. Anthony Giddens. *Op. Cit.*, pp. 51-60. Infelizmente não poderemos entrar em detalhes quanto ao porquê da escolha do último termo, “modernidade reflexiva”, por parte do autor.

⁴⁸³ *Idem, Ibidem.*, p. 16.

⁴⁸⁴ *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁴⁸⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 18-19.

⁴⁸⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 22-23.

Uma destas características centrais, simbolizada pela invenção do relógio mecânico que, ao lado do telescópio, é frequentemente associado à inauguração da ciência moderna, é a separação entre tempo e espaço. O tempo passa a ser medido e a servir de base para a vida cotidiana de maneira cada vez mais independente do *lugar* ocupado pelos indivíduos. O tempo ganha universalidade e, portanto, passa a depender muito pouco do espaço no qual transcorre.

Isto o leva a uma importante conclusão. Ao separar tempo e espaço, a modernidade fortalece os vínculos entre sujeitos separados ou muito distantes. Cada local passa a ser influenciado por ações realizadas por pessoas desconhecidas em espaços longínquos. Esta seria a marca maior da modernidade: “As organizações modernas são capazes de conectar o local e o global de formas que seriam impensáveis em sociedades tradicionais, e, assim fazendo, afetam rotineiramente a vida de milhões de pessoas”.⁴⁸⁷

Crítica que Giddens apresenta ao funcionalismo – do qual Durkheim é um representante – é de que a modernidade não se resume a um processo de especialização, mas também envolve a mudança no dimensionamento de tempo e espaço.⁴⁸⁸

De acordo com nosso ponto de vista, tratam-se de visões complementares: se a diferenciação de funções estreitou os vínculos (Durkheim), a separação entre tempo e espaço, salientada por Giddens, apenas demonstra que tais vínculos se estendem para além de fronteiras nacionais e mesmo de continentes. Esse processo foi levado a um patamar inédito nos tempos atuais, ao lado de um inegável salto na especialização.

Para explicitar as consequências da separação tempo e espaço Giddens utiliza o termo “desencaixe”. É o desencaixe que permite que relações sejam mantidas a uma enorme distância, que o tempo “instantâneo” comande inúmeras operações cotidianas entre os homens, algo impensável em tempos anteriores.

Mas há outros conceitos que Giddens considera essenciais para compreender a realidade contemporânea.

Um deles é a ideia de “sistemas peritos”, ou seja, o fato de que, por conta da complexificação da divisão do trabalho, transitamos entre esferas das quais dependemos para conduzir nossas vidas, mas das quais sabemos pouco ou nada. Embarcar em um avião é ter uma experiência desta natureza, como também é utilizar um elevador etc.

⁴⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p. 28.

⁴⁸⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 29-30, em especial nt. 15.

Contamos com o conhecimento acumulado de outrem, de pessoas com as quais nunca tivemos contato, para assegurar a nossa segurança.⁴⁸⁹

Daí que um elemento chave da modernidade que permite que a vida cotidiana funcione com algum grau de tranquilidade para os cidadãos em geral é a *confiança*.⁴⁹⁰

A insegurança reinante no mundo moderno é de um tipo muito diferente do medo constante característico das sociedades pré-modernas. Trata-se da necessidade de confiança nos mais diversos profissionais, saberes e estruturas institucionais fora de nosso controle, mas que, ainda sim, são todas fruto da intervenção racional dos homens, das tentativas de melhoria das condições de vida da humanidade (no que muitas vezes tiveram sucesso, como indicado acima).

Mesmo admitindo que vivemos em um mundo mais confortável e previsível, o Giddens não deixa de se aproximar da ideia de “sociedade do risco” com sua conceituação da modernidade como um quadro ao mesmo tempo de avanços e de criação de novos problemas.

Fazendo referência à N. Luhmann, afirma que os tempos modernos se caracterizam crescentemente pelo fato de que os principais riscos que ameaçam a vida coletiva são, sobretudo, obra das próprias ações humanas: “[A noção de risco] surge, essencialmente, de uma compreensão do fato de que a maioria das contingências que afetam a atividade humana são humanamente criadas, e não meramente dadas por Deus ou pela natureza”.⁴⁹¹

No que diz respeito à segurança, Giddens entende-a como uma situação relativamente ausente de perigos e na qual a relação entre confiança e risco não gera temor excessivo.

Assim, ainda que os avanços da modernidade impliquem enormes ganhos do ponto de vista material e uma interdependência entre os membros individuais da

⁴⁸⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 34-35.

⁴⁹⁰ A importância da confiança e a onipresença da dependência nos sistemas peritos é visível no exemplo da casa onde moramos. Mesmo o ato de entrar na casa e de nela viver pressupõem um grau de confiança em um conjunto de profissionais e de conhecimentos sobre os quais nada sabemos: “Não tenho nenhum medo específico de subir as escadas da moradia, mesmo considerando que sei que em princípio a estrutura pode desabar. Conheço muito pouco os códigos de conhecimento usados pelo arquiteto e pelo construtor no projeto e construção da minha casa, mas não obstante tenho ‘fé’ no que eles fizeram. Minha ‘fé’ não é tanto neles, embora eu tenha que confiar em sua competência, como na autenticidade do *conhecimento perito* que eles aplicam – algo que não posso, em geral, conferir exaustivamente por mim mesmo”. *Idem, Ibidem*, p. 35.

⁴⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. 39.

coletividade muito além do que Durkheim antecipara, a experiência moderna é caracterizada pela tentativa constante de neutralizar os perigos advindos de seu próprio funcionamento “normal”. “Pode-se definir ‘segurança’ como uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado. A experiência de segurança baseia-se geralmente num equilíbrio de confiança e risco aceitável”.⁴⁹²

Do ponto de vista institucional a modernidade se particulariza por quatro elementos, um dos quais tem importância central para nossa discussão. São eles: o sistema econômico capitalista, o industrialismo como forma em que este se manifesta por excelência, o monopólio da violência pelo Estado⁴⁹³ e a capacidade de *vigilância*, isto é, de controle e administração de um determinado território.⁴⁹⁴

Ressaltando o papel *estrutural* da vigilância para a institucionalidade da era moderna, Giddens vai além das perspectivas tradicionais centradas nas particularidades do Estado moderno, no que, sem dúvida, incorpora as considerações de M. Foucault.⁴⁹⁵ Além da consolidação do Estado-nação e do domínio exercido por esse sobre um território determinado, ressalta que também são fundamentais os meios de vigilâncias desenvolvidos na era moderna.

A vigilância se daria de duas maneiras: direta, através das instituições de controle tais como a prisão, o manicômio, a escola; e indireta, por meio do controle da informação.⁴⁹⁶ Tais como as demais características da era moderna, também esta faceta passa por um momento de desenvolvimento pleno nos tempos atuais. A sofisticação das técnicas de vigilância por meios eletrônicos, os modernos meios de propaganda, todos contribuem para o aumento no grau de controle direto e indireto dos cidadãos.

No que diz respeito à nossa pesquisa, tal temática possui importância ainda mais elevada, já que uma punição excessiva das ações neutras implicaria necessariamente em um forte elemento de vigilância. Não se trata apenas de um aumento nas

⁴⁹² *Idem, Ibidem*, p. 43.

⁴⁹³ Para o qual o direito penal exerce um papel essencial: “O monopólio bem sucedido dos meios de violência por parte dos estados modernos repousa sobre a manutenção secular de novos códigos de lei criminal, mais o controle supervisorio de ‘desvios’”. *Idem, Ibidem*, p. 65.

⁴⁹⁴ Cf. *Idem, Ibidem*, p. 61 e ss.

⁴⁹⁵ É o filósofo francês o principal responsável pelo estudo dos mecanismos de controle e disciplina dos corpos, uma clara referência de Giddens. Foucault enfatiza também a necessidade de controle do tempo na era moderna tanto no espaço público quanto dentro do local de trabalho, o que também é ressaltado pelo autor inglês. Cf. Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1997, p. 127 e ss.

⁴⁹⁶ Giddens, *Op. Cit.*, p. 63.

interceptações telefônicas ou nos registros em vídeo, já fortemente disseminados atualmente, mas na vigilância de um cidadão sobre o outro.

Dada uma punição indiscriminada dos omitentes, cada um deverá ter a máxima cautela para evitar que a sanção recaia sobre si. Trata-se da pulverização do poder punitivo do Estado de que falamos acima, quando o monopólio da violência se dilui cada vez mais na vigilância de um cidadão sobre o outro. Neste cenário extremo, mas não inteiramente distante do que preconizam certos atores públicos, o dever de solidariedade é antes um *dever de vigilância*.

Não é necessário nos prolongarmos para ilustrar quão deletério este quadro seria para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito. Quando discutirmos as ideias do próximo autor, D. Garland, poderemos fazer algumas considerações sobre a atualidade que adquire este cenário.

5.6. A solidariedade social

Antes de fazer isso, contudo, é importante recapitular o acréscimo feito por Giddens à teoria clássica de Durkheim sobre a solidariedade social e a maneira como estas duas contribuições enriquecem a discussão de nosso tema de pesquisa.

A partir da leitura de Durkheim compreendemos que a solidariedade é um fenômeno social objetivo resultante da divisão do trabalho.

Quanto mais sofisticada e disseminada é a especialização de funções, mais coeso é o corpo social. Do ponto de vista de nossa pesquisa, este dado é significativo, pois, de fato, verifica-se uma integração social muito maior a partir do fenômeno da globalização, o que forçosamente influi na seara penal.

Por outro lado, como foi visto, Durkheim entende que tal aumento na coesão, quando predomina a solidariedade orgânica, significa também um decréscimo significativo no papel exercido pelo direito repressivo em favor de outras formas de resolução de conflitos por via jurídica.

O atual momento de expansão do direito penal é evidência o suficiente para invalidar a afirmação do citado autor, já que o aumento exponencial na integração social testemunhado nas últimas décadas não foi acompanhada por uma restrição no campo de

atuação do direito penal. Ao contrário, as transformações sociais da época presente produziram um novo conjunto de riscos e uma percepção de insegurança que parece justificar uma *extensão* nas condutas penalmente tuteladas.

Os estudos de Anthony Giddens enriquecem a concepção durkheimiana e nos auxiliam na compreensão da situação contemporânea, ao introduzir outras dimensões à análise funcionalista do autor francês.⁴⁹⁷

Giddens aponta para o fato de que o salto na integração mundial se dá paralelamente ao “desencaixe” entre as dimensões do tempo e do espaço. Este fenômeno seria responsável, ao mesmo tempo, por um grau de cooperação global nunca visto e pela produção de toda uma gama de novos riscos.

Entendemos que a punibilidade a título de participação de ações laborais ou cotidianas ganha na perspectiva de Giddens, um peso muito maior do que possuía antes. E aqui os possíveis desdobramentos penais desta mudança (e as razões para o fracasso da previsão de Durkheim) se tornam mais claros.

Se uma ação tomada em um continente pode, potencialmente, produzir efeitos deletérios em outro, é evidente que uma discussão do papel atual do direito penal é posta em pauta.

Mas uma resposta expansiva do ponto de vista do direito repressivo não é necessariamente a mais propícia para o novo quadro, segundo seu pensamento. Estes dilemas ficam evidentes quando Giddens descreve as diversas cadeias causais desencadeadas por uma ação cotidiana na atualidade.

Reproduzimos a citação integralmente dada a importância para nossa pesquisa: “A cada vez que alguém saca dinheiro do banco ou faz um depósito, acende casualmente a luz ou abre uma torneira, envia uma carta ou passa um telefonema, está implicitamente reconhecendo as grandes áreas de ações e eventos seguros e coordenados que tornam possível a vida social moderna. É claro, todo tipo de pane e obstáculo pode surgir [...] Mas a maior parte do tempo a maneira dada como segura com que as ações

⁴⁹⁷ O que o próprio autor reconhece: “As noções de diferenciação ou especialização funcional não são muito adequadas para lidar com o fenômeno da vinculação do tempo e do espaço pelos sistemas sociais. A imagem evocada pelo desencaixe é mais apta a capturar os alinhamentos em mudança de tempo e espaço que são de importância fundamental para a mudança social em geral e para a natureza da modernidade em particular”. *Idem, Ibidem*, pp. 29-30.

cotidianas são engrenadas em sistemas abstratos presta testemunho da eficácia com que estes operam [...]”.⁴⁹⁸

Em suma, toda ação cotidiana hoje mobiliza uma série interminável de consequências “desencaixadas” de uma localidade particular e dadas em uma escala temporal extremamente exígua. A vida cotidiana na atualidade depende destes eventos coordenados para transcorrer normalmente, porém problemas podem ocorrer ao longo desta cadeia de eventos coordenados, o que significa que o espaço para o cometimento de delitos é igualmente expandido.

5.7. “Sistema peritos”

Outro fator que deve ser levado em conta no que diz respeito aos desdobramentos criminais do novo marco social das ações cotidianas é o ganho em importância dos “sistemas peritos”, isto é, dos saberes manipulados por especialistas dos mais diversos tipos para que ações cotidianas fluam sem encontrar problemas.

As relações do cidadão comum com o especialista são baseadas na confiança, que Giddens compara com uma forma de fé, já que não existe a possibilidade de conferir a qualidade dos serviços utilizados ou dos profissionais dos quais se depende para um número crescente de ações cotidianas.⁴⁹⁹

O que isso significa para o debate atual do direito penal?

Sem dúvida, há uma ampliação nas instâncias em que a conduta delitiva é possível e, dada a estrutura atual do direito penal, talvez haja até relativa facilidade no que diz respeito a certas atitudes criminosas.

A evolução do caráter interdependente da sociedade contemporânea em escala global é uma situação irreversível, portanto, não haveria sentido em tentar limitá-la através de uma expansão desmesurada da esfera tutelada pelo direito penal. Por outro lado, uma pergunta válida é se tais avanços sociais não abrem a possibilidade de modalidades alternativas de controle social.

⁴⁹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 116.

⁴⁹⁹ Cf. *Idem, Ibidem*, pp. 37 e ss.

O que se percebe, contudo, é a efetivação de uma série de mudanças voltadas, ao que parece, a nada menos que este fim: reverter todas as consequências deletérias da consolidação da modernidade através do direito repressivo. Trata-se do estabelecimento de uma “cultura do controle”, tema do próximo autor que será analisado.

5.8. *Cultura do controle: a contribuição de D. Garland para o debate atual do direito penal.*

A relevância da contribuição de David Garland para o debate desta tese não se deve apenas à qualidade e ao rigor de seu trabalho investigativo. O criminólogo escocês sustenta uma perspectiva “expandida” sobre o direito penal, já que vê como integrantes do complexo de controle social instituições, condutas e atores diversos daqueles comumente associados com o sistema penal.

Para o autor, o controle do crime abrange desde o aparato policial, o legislador penal, as prisões até a conduta do cidadão comum – quando este, por exemplo, tranca suas portas ou cerca sua casa com câmeras e grades.⁵⁰⁰

Tal qual propomos neste capítulo, Garland também enxerga nas mudanças sociais e culturais a base das transformações na resposta ao crime e, como nós mesmos nos posicionamos ao longo desta tese, não nega que novos riscos e perigos tenham surgido nos últimos tempos, apenas questiona a resposta dada aos mesmos, tomando como exemplos os EUA e o Reino Unido.⁵⁰¹

No que diz respeito ao tema das ações neutras no direito penal, um objeto cujo estudo implica enfrentar o difícil tema das fronteiras do controle social do crime, a perspectiva de Garland é especialmente enriquecedora. Pois a criminalização das ações

⁵⁰⁰ David Garland. *Op. Cit.*, p. 31. Em outro trecho, o autor detalha o que está incluído nesta concepção expandida da esfera penal: “Mudanças em políticas, sentenças, punições, teorias criminológicas, filosofia penal, políticas penais, segurança privada, prevenção do crime e tratamento das vítimas, assim por diante, podem ser mais bem apreendidas se forem vistas como elementos que interagem no campo estrutural do controle do crime e da justiça criminal”. *Idem, Ibidem*, p. 36.

⁵⁰¹ “Meu argumento será o de que a ‘pós-modernidade’ - o caráter específico das relações sociais, econômicas e culturais que emergiram dos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e em outros lugares do mundo desenvolvido no último terço do século XX – traz consigo um grupo de riscos inseguranças e problemas relacionados ao controle, que tem assumido papel crucial nos contornos de nossa cambiante resposta ao crime”. *Idem, Ibidem*, pp. 33-34.

neutras forçosamente pressupõe o envolvimento do cidadão comum na prevenção e fiscalização de delitos.

O que o autor escocês mostra é que isto não é uma antecipação de uma situação futura, pois já seria parte da vida social norte-americana e britânica. Nestes países – mas seguramente não só neles – “os atores privados da sociedade civil desenvolveram sua própria adaptação à nova disseminação do crime”.⁵⁰²

Este fato é significativo não apenas pelas consequências diretas no que diz respeito à repressão ao crime, mas pelo estímulo a uma cultura de controle que faz com que o cidadão comum não questione quando lhe exigem a realização de tarefas repressivas.

É com base nesta visão que o autor formula a ideia de que a resposta social ao crime hoje comporia um verdadeiro “mosaico de práticas e políticas” dentro e fora da arena estatal.⁵⁰³ Eles poderiam ser subdivididos, de acordo com Garland, em controles formais e informais do crime, cujo emprego se daria de forma entrelaçada e concomitante (ainda que não coordenada).⁵⁰⁴

Assim, ao lado da resposta institucional-estatal ao crime, há uma resposta baseada nas atitudes dos cidadãos em sua vida cotidiana, o que, é importante dizer, nem sempre se dá de maneira harmônica. Assim explica: “Devemos ter em mente, portanto, que o campo do controle do crime envolve tanto as atividades oficiais de ordenamento social como as atividades de atores e agências privadas, nas práticas e rotinas ordinárias. É comum nossa atenção se voltar apenas às instituições estatais, descuidando das práticas sociais informais, das quais ação estatal depende”.⁵⁰⁵

Ao lado desta importante consideração sobre a via dupla do controle social contemporâneo, Garland resalta uma mudança global nas perspectivas da finalidade da pena.

5.9. A finalidade da pena para Garland.

⁵⁰² *Idem, Ibidem*, p. 38.

⁵⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 42.

⁵⁰⁴ *Idem, Ibidem*, p. 47.

⁵⁰⁵ *Idem, Ibidem*, p. 48.

Para Garland, a *ratio* baseada nas ideias de prevenção e ressocialização passou por um gradual declínio e vem sendo substituída no plano do sistema penal por uma perspectiva focada na retribuição, na neutralização e no gerenciamento de riscos.⁵⁰⁶

Haveria, portanto, uma guinada retributivista que afastaria cada vez mais das perspectivas do sistema penal a ideia de reabilitação/ressocialização.⁵⁰⁷ O foco prioritário das medidas repressivas assume um caráter puramente punitivo em um retrocesso⁵⁰⁸ com importantes consequências para o lugar ocupado pelo direito penal nas sociedades contemporâneas.

O decréscimo na função preventiva e ressocializadora da pena é acompanhada pelo abandono também paulatino da ideia de *ultima ratio* que já sinalizamos nos itens anteriores. O direito repressivo incorpora um viés profundamente punitivo e se coloca como primeira resposta e primeira – e mais eficaz – linha de defesa dos cidadãos contra os males sociais atuais.

Garland exemplifica este desenvolvimento atentando para o fato de que a ideia de “punição expressiva”, isto é, nas quais os sentimentos de revolta e medo do público em geral são abertamente expiados através de uma determinada condenação. O discurso acadêmico teria incorporado esta nova agenda pública punitiva, enfatizando “os aspectos simbólicos, expressivos e publicitários da sanção penal”.⁵⁰⁹

No caso da punição como participe das atividades cotidianas, trata-se de um desenvolvimento problemático já que a busca por “todos aqueles responsáveis” por um determinado crime poderá e, sem dúvida irá com frequência, levar a atores cujo vínculo com o fato principal é, no mínimo, precário.

Assim, a desenfreada busca por “justiça” estimulada pelo próprio poder público e a grande mídia é um fator significativo com vistas de uma criminalização das ações neutras.

Este fenômeno faz, sem dúvida, parte daquilo que Garland descreve como *cultura do controle*: “O medo do crime passou a ser visto como problema por si só, bem

⁵⁰⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 50-51.

⁵⁰⁷ A ideia de reabilitação é mais utilizada nos sistemas penais norte-americanos do que a de ressocialização, mas *grossa modo*, são conceitos equivalentes.

⁵⁰⁸ Quanto ao inegável retrocesso que tal evolução do direito penal representa, basta a referência aos exemplos dados pelo autor: “Num restrito, porém significativo, número de instâncias, temos notado o ressurgimento de medidas decididamente ‘retributivas’, tais como a pena de morte, o acorrentamento coletivo de presos e penas corporais”. *Idem, Ibidem*, p. 52.

⁵⁰⁹ *Idem, Ibidem*, p. 53.

distinto do crime e de sua vitimização, e políticas específicas têm sido desenvolvidas mais com o objetivo de reduzir os níveis de medo do que de reduzir o crime”.⁵¹⁰

Ao lado deste novo papel “simbólico” adquirido pelo direito penal está o fenômeno que o autor denomina o *retorno da vítima*. Aponta acertadamente para o papel central desempenhado pela vítima, por conta de seu sofrimento e pela consequente necessidade de honrá-la, na justificativa da sanção penal e mesmo da expansão punitiva como um todo.

Coloca-se vítima e agressor como antagonistas e, como decorrência da necessidade de fazer jus ao padecimento da primeira, só então é estabelecida a punição adequada do último, em meio ao clamor popular e midiático.

O ponto de vista da vítima transforma-se em uma perspectiva comum de acordo com a qual quem fala pela vítima fala em nome da sociedade. A ofendida pelo dano à vítima é nada menos do que a coletividade como um todo e, portanto, a sanção deve assumir ela própria um caráter público e exemplar, além de promover uma expiação que abrange igualmente a todos.

A soma destes diferentes fenômenos, ao lado da já explicitada tendência expansiva do direito penal, nos dá um quadro preocupante da situação do direito penal atual. Pois, não se trata de um conjunto de tendências ligados à ascensão de um governo autoritário de alguma espécie, mas de elementos surgidos em Estados Democráticos de Direito em plena vigência.

Não se pode falar, portanto, de um recrudescimento penal que parta exclusivamente dos agentes do Estado: trata-se de um impulso criminalizador dado não apenas por estes atores, mas também, de forma pulverizada, pelo próprio cidadão comum. É com isto em mente que Garland ressalta que: “O risco de autoridades estatais sem limites, do poder arbitrário e de violação às liberdades civis aparentemente não é mais relevante na preocupação pública”.⁵¹¹

A vigilância dos cidadãos com respeito aos ditames autoritários do Estado parece estar prejudicada dada a canalização dos temores dos cidadãos que é habilmente manipulada pelo aparato estatal e midiático. Este é o terreno fértil sobre o qual a cultura do controle pode se disseminar e se propagar.

⁵¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 54

⁵¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 57.

A vigilância passa a focalizar os próprios cidadãos, com seu aval, em nome de um aumento na segurança alçado exclusivamente na ampliação das instâncias de intervenção do direito repressivo e da diminuição de barreiras para sua atuação.

Do ponto de vista político, Garland ressalta a guinada populista que se alimenta deste quadro. Ao invés de oferecer um contraponto de razoabilidade para o clamor público pela criminalização generalizada e para a perspectiva que vê no direito penal a primeira e mais adequada resposta estatal aos problemas sociais, aproveitam-se deste quadro para angariar votos e apoio.

O especialista, o criminólogo e o penalista dão, por vezes, lugar ao “senso comum” àquilo que todos sabem etc., na consideração do legislador.⁵¹² Este “senso comum” – uma evidente construção ideal, mas que não deixa de ter base em um sentimento difuso na sociedade hoje – é invariavelmente favorável ao endurecimento das penas e do sistema penal como um todo.

Além disso, esta consciência do cidadão, como retratada pelo legislador, não parecer se preocupar com a crescente invasão da esfera privada pelos braços do sistema de controle social formal – policiamento, revistas, sistema prisional – e informal – ações dos cidadãos voltadas ao monitoramento e vigilância de suas comunidades. Esta apropriação do debate penal de maneira populista pelo legislador é denominada por Garland a *politização do controle do crime*.⁵¹³

Trata-se de um desenvolvimento que, como já sinalizamos, é bastante significativo para o tema das ações neutras, uma vez que leva a crer que está dado o clima político-social adequado para a criminalização excessiva das mesmas.

Contudo, é o próprio Garland que irá conceder que, dada a nova distribuição estrutural da sociedade, o aparato repressor centralizado tradicional não mais dá conta da execução de suas funções.⁵¹⁴ Um maior envolvimento da sociedade civil seria necessário,

⁵¹² *Idem, Ibidem*, p. 58.

⁵¹³ De acordo com o autor, esta politização têm as seguintes consequências: “Os legisladores estão se tornando mais operativos, mais incisivos, mais preocupados em submeter a tomada de decisões político-penais à disciplina partidária e aos cálculos políticos de curto prazo. Isto constitui uma reversão aguda do processo histórico, segundo o qual o poder de punir era amplamente delegado aos especialistas e administradores. Esta inversão na transferência de poder é visível numa série de medidas [...] que centralizam a tarefa casuística de decidir – deixando-a, primeiramente, nas mãos dos tribunais e, posteriormente, nas do próprio legislativo”. *Idem, Ibidem, loc. cit.*

⁵¹⁴ “A lição trazida pela experiência do século XX consiste em que o Estado não pode mais esperar governar através de comandos soberanos impostos aos súditos obedientes”. *Idem, Ibidem*, p. 430.

ainda que isso não necessariamente coincida, para o autor, com a criação de uma “sociedade da vigilância”.

É a partir desta questão que retornaremos à questão do dever de solidariedade, isto é, precisamente a uma nova consideração dos imperativos postos ao partícipe – em certas situações – na sociedade contemporânea.

Esta discussão, a partir de uma retomada das principais conclusões dos autores analisados acima, será feita nas próximas páginas.

5.10. Dever de solidariedade e ações neutras

No presente capítulo pretendemos demonstrar a base objetiva para a atualidade da discussão sobre a imputação das ações cotidianas ou neutras, as quais estão ligadas diretamente, segundo nosso entendimento, ao dever de solidariedade.

Constatou-se que as mudanças sociais as transformações sociais que moldaram a sociedade contemporânea cobram da dogmática penal um conjunto de adaptações que a tornem mais adequada ao contexto vivido atualmente.

Neste sentido, ao longo deste capítulo tivemos como objetivo demonstrar como as transformações sociais citadas não devem, sem as devidas ressalvas, fundamentar uma expansão do direito penal. Com isso não se pretendeu desautorizar toda e qualquer produção de novos tipos penais, apenas sublinhar a cautela que necessariamente deve acompanhar esta questão.

O objetivo central da análise dos representantes da sociologia feita nas páginas anteriores, contudo, foi especificar um conceito *objetivo* de solidariedade que afastasse a definição deste termo de idéias ligadas à generosidade, ao agir cristão etc. Em outras palavras, propomos uma noção de solidariedade sobre a qual a dogmática penal possa se basear, pois está em grande medida isenta dos riscos inerentes à subjetivização excessiva associada a este conceito.

De Durkheim foi extraído que a solidariedade é o elemento chave da integração dos diferentes membros do corpo social, é aquilo que garante a coesão, em

menor ou maior grau, da sociedade. Enquanto fato social⁵¹⁵ ela é independente da vontade dos homens possuindo antes uma função estrutural objetiva que varia em grau de efetividade.⁵¹⁶

Ao diferenciar a solidariedade em mecânica e a orgânica, cuja distinção se dá ao teor que ele relaciona ao teor de diferenciação alcançado pela sociedade e, nomeadamente, por seu principal motor de coesão, a divisão do trabalho. Quanto mais esta se desenvolve, mais integrada estará a sociedade.

Levando tais ideias em consideração apontamos para o fato de que a sociedade atual, por possuir um enorme grau de diferenciação, teria alcançado um nível inédito de integração e coesão. Até este ponto Durkheim se mostra um importante instrumento de análise da realidade contemporânea. Contudo, uma das principais consequências desta situação enumeradas pelo autor não se confirmou.

O sociólogo francês acreditava que o direito repressivo caminharia no sentido oposto do incremento da integração social resultante do predomínio da solidariedade orgânica.⁵¹⁷ Na contemporaneidade, contudo, observa-se uma expansão das condutas geradoras de riscos e uma resposta igualmente expansiva do direito penal, ao invés de uma superação progressiva do direito repressivo.

Para fazer frente a esta lacuna do clássico francês da sociologia recorremos a um autor contemporâneo, A. Giddens, mas o fizemos levando em conta as preciosas lições de Durkheim. Assim, a equação diferenciação/integração é essencial para compreender a atual estrutura de nossa sociedade. Acreditamos que Giddens também incorpora tais elementos em sua análise, mas o faz à luz dos fenômenos contemporâneos da globalização e da sociedade de riscos.

Ambos os autores nos auxiliam a sustentar um conceito objetivo de solidariedade que, para esta pesquisa, levam a importantes conclusões. Pois é a partir das considerações de Durkheim e Giddens que podemos compreender as consequências penais do fenômeno contemporâneo do *estreitamento dos vínculos sociais*, resultado de um aumento exponencial da integração dos atores sociais em escala global.

⁵¹⁵ Cf. Émile Durkheim. *Op. Cit.*, cap. 1.

⁵¹⁶ Cf. E. Durkheim. *Da divisão... Cit.*, p. 112 e ss.

⁵¹⁷ “A divisão do trabalho [no âmbito do predomínio da solidariedade orgânica] dá origem a regras jurídicas que determinam a natureza e as relações das funções divididas, mas cuja violação acarreta apenas medidas reparadoras sem caráter expiatório”. *Idem, Ibidem*, p. 216.

Pois as transformações sociais e tecnológicas das últimas décadas incidem diretamente no *alcance da ação humana e nos riscos engendrados por esta*, de maneira que o direito penal deve necessariamente passar por uma reconfiguração ainda que isso não se resuma a uma expansão irrestrita de sua abrangência e tampouco ao acirramento puro e simples de seu caráter repressor (aumento de penas, flexibilização de garantias, etc.).

A discussão que vamos introduzir neste último item, portanto, repousa no fato de que o fenômeno do *estreitamento dos vínculos sociais* fundamentará, em determinados casos, *a criação de um vínculo jurídico-penal positivo*, que denominamos “dever de solidariedade”.

Isto posto, devemos novamente alertar que se a análise sociológica dos fundamentos objetivos da solidariedade aponta para o fato de que o estreitamento dos vínculos sociais é um fenômeno inerente à nova organização social em plano mundial, e em nenhum momento indica que este fenômeno pode ser refreado pelo direito penal em *todas* as suas consequências negativas. Assim, não deve servir como premissa e/ou justificativa absoluta para a disseminação de uma cultura punitiva entre os cidadãos, cultura que já se dissemina pelas razões enumeradas acima.

A perspectiva de Dias, na contracorrente desta onda punitivista, dá conta destas tendências do direito penal contemporâneo de maneira exemplar. Assim, estamos de acordo com o penalista português quando estabelece que, por um lado, “o número de omissões jurídico-penalmente relevantes terá tendência para *aumentar, em número e em significado, no seio da ‘sociedade do risco’*”.⁵¹⁸

É precisamente neste sentido que argumentaremos no item dedicado à A. Giddens, no qual desenvolveremos a ideia de que o maior grau de interconexão global, a maior interdependência entre os cidadãos que marcam a sociedade contemporânea determinam um novo estatuto para certas condutas omissivas. Quando os vínculos sociais se tornam mais estreitos, aumentam em magnitude os efeitos das condutas omissivas.

Recorrendo mais uma vez às formulações de Giddens, a proliferação e o papel social central desempenhado pelos “sistemas abstratos”, por exemplo, coloca em pauta a tutela penal do *dever de solidariedade*.

⁵¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 908.

Um importante exemplo é o caso dos peritos, os técnicos das mais diferentes especialidades responsáveis pela manutenção do que o sociólogo inglês denomina “sistemas abstratos”. Trata-se das redes técnicas e de saber das quais todos dependemos nos dias atuais (bancos, provedores de internet, sistemas de informação diversos, provedores de serviços variados etc.) e que são caracterizadas por se situarem em espaços geográficos diversos daquele ocupado por seus usuários e por serem operados por “peritos”.⁵¹⁹

Todos dependem da ação idônea destes peritos e podem, potencialmente, ser vítimas de sua negligência. Por conta da maneira como os sistemas abstratos se organizam, as consequências das atitudes lesivas eventualmente cometidas por alguns destes profissionais terão resultados negativos em grande escala. É o caso dos operadores responsáveis pela segurança de dados bancários, pela manutenção dos sistemas eletrônicos que guiam as aeronaves ou mesmo elevadores.

Os sistemas abstratos, ademais, por serem operados apenas por seus peritos são extremamente opacos, de difícil monitoramento e controle. Isto é reforçado por estes próprios operadores, que não desejam tornar suas atividades mais facilmente compreensíveis e monitoráveis. Giddens enumera algumas razões para isso, a mais significativa delas é a seguinte:

Uma outra razão [para ocultar seus procedimentos] diz respeito às áreas de contingência que sempre permanecem no funcionamento de sistemas abstratos. Não existe habilidade tão cuidadosamente afiada e nem forma de conhecimento perito tão abrangente que estejam isentas de intervenção de elementos do acaso.⁵²⁰

O sociólogo inglês aponta para o fato de que determinadas contingências podem causar problemas na condução dos sistemas abstratos, mas que isso é algo que os peritos não desejam expor a público. O que fica implícito, contudo, é que condutas lesivas levadas a cabo por estes agentes também permanecem ocultas, o que nos leva à questão das ações neutras.

Um perito envolvido na cadeia causal de uma conduta lesiva executada por outro perito, dada a magnitude dos riscos gerados por esta conduta e a opacidade dos

⁵¹⁹ Cf. GIDDENS, *Op. Cit.*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 88 e ss.

⁵²⁰ *Idem, Ibidem*, p. 90.

sistemas abstratos nos quais atuam, possui o *dever de solidariedade*, isto é, deve agir de maneira que o resultado seja impedido ou evitado de alguma outra maneira. Como resultado da própria integração social mais profunda, deve haver um dever jurídico-positivo que assegure a idoneidade das ações dos peritos e coíba suas ações danosas.

Dentro destes marcos específicos, e sem prescindir de uma previsão legal expressa, deve o Estado impor uma ação “solidária”, isto é, deve tutelar penalmente o dever de solidariedade. Se positivado de maneira a não englobar uma gama de atores por demais extensa (o cidadão comum usuário do sistema abstrato, outros peritos que não estão envolvidos direta ou indiretamente nas condutas lesivas), o tutela penal do dever de solidariedade não implicará em um movimento expansivo desmedido do direito repressivo.

Voltamos às considerações de Dias, para reforçar a questão dos limites necessários ao agir punitivo do Estado diante destas condutas. Pois, mesmo reconhecendo o incremento de determinados fenômenos penalmente relevantes na sociedade contemporânea, o jurista português tem plena consciência que não se pode ceder a um discurso criminalizador que legitime uma expansão irrestrita do direito penal. Desta maneira, o autor alerta que:

...uma punição generalizada ou demasiado alargada da omissão conduzirá seguramente a uma sistemática, inadmissível e insuportável intromissão – tanto mais insuportável quanto maior for, precisamente, a complexidade social – de cada um na esfera jurídica dos outros, para assim não incorrerem na possibilidade de serem jurídico-penalmente responsabilizados por omissões.⁵²¹

Assim, é possível argumentar que o “dever de solidariedade” é uma problemática atual do direito penal, mas que sua transformação em “dever de vigilância”, em punição generalizada do omitente, deve ser combatida com veemência. Este será nosso argumento ao longo desta tese e determinará nossas propostas de resolução dos casos concretos enumerados em seu início.

Como vimos acima, isto não significa que, de acordo com nossa perspectiva, a tutela penal do dever de solidariedade esteja vedada em todos os casos. A sua positivação, contudo, dependerá do preenchimento de determinados requisitos e

⁵²¹ Dias, *Op. Cit.*, p.906.

condições sem os quais configurar-se-ia um movimento expansivo ilegítimo e socialmente danoso do aparato penal.

O principal critério para a tutela penal de determinadas ações neutras é dado novamente por Dias: “*toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico*”.⁵²² Esta afirmação será uma referência constante à argumentação desta pesquisa.

Estamos, portanto, de acordo com Janaína Paschoal quando afirma lapidariamente:

Inconcebível é sustentar que a solidariedade deve ser estimulada por meio do Direito Penal e, pior, mediante a punição de condutas não previstas expressamente pela lei...⁵²³

Pois também não sustentamos que a solidariedade deve ser estimulada, já que não se trata de incentivar o aumento da solidariedade subjetiva, do sentimento de generosidade mutua etc.. Trata-se de garantir a integração do corpo social (a solidariedade *objetiva*), tornando determinados atores situados em pontos cruciais do corpo social contemporâneo – aqueles a frente de sistemas abstratos, por exemplo – conscientes das possíveis consequências de seus atos, dos riscos indevidos que podem ser acarretados pela sua negligência.

A previsão legal é para isso imprescindível e, do ponto de vista do partícipe, será abordada mais a frente nesta pesquisa. Assim, concordamos com um jurista brasileiro que propõe o seguinte argumento: “Não há dúvida que há certos deveres fundamentais de solidariedade humana, cuja violação pode e deve ser erigida a delito, quando com ela se afete um bem jurídico. Daí, porém, não se segue que possa o Estado, a seu gosto, elevar o nível fundamental de exigências baseadas na solidariedade humana a limites intoleráveis em que a violação de qualquer dever para com a comunidade passe a constituir crime.”⁵²⁴

Não se trata de substituir a função repressiva estatal pela vigilância exercida entre os cidadãos. Contudo, a realidade contemporânea, como ressalta Garland, muda a

⁵²² *Idem, Ibidem*, p. 938.

⁵²³ Janaína Conceição Paschoal, *Op. Cit.*, p. 69.

⁵²⁴ Alcides Munhoz Neto. “Os crimes omissivos no Brasil”. In: *Revista de direito penal e criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, nº33, jan.-jun., 1982, p. 13.

relação dos atores privados diversos e da comunidade em geral com a questão da segurança.⁵²⁵

Sem que se caia na paranoia social, na cultura da denúncia infundada e da difamação alheia,⁵²⁶ há uma mudança de papeis no controle social ao qual o direito penal deve responder. Pois, sujeita aos instrumentos de limitação do papel punitivo do Estado inseridos na lei penal, esta nova dimensão da repressão à criminalidade pode permanecer ela mesma desempenhando papeis estritos e bem-delimitados.

As implicações do diálogo que se procurou estabelecer com a sociologia para a temática das ações neutras ficarão evidentes no próximo capítulo quando a tomada de posição que fundamenta esta tese será desenvolvida.

⁵²⁵ “...as fronteiras formais do campo do controle do crime não são mais marcadas pelas instituições do Estado de justiça criminal. O campo, agora, se estende para além do Estado, envolvendo os atores e agências da sociedade civil, permitindo que rotinas de controle do crime sejam organizadas e direcionadas ao largo das agências estatais. O controle do crime está se tornando responsabilidade não só dos especialistas da justiça criminal mas de todo um conjunto de atores sociais e econômicos”. *Op. Cit.*, p. 372.

⁵²⁶ Sobre as dificuldades inerentes ao imperativo de delação/impedimento do resultado, devemos levar em conta a seguinte advertência: “A política criminológica tem de cuidar para que exasperações alucinatórias das necessidades do Estado não conduzam à utilização do sistema penal como meio de transformar qualquer cidadão em funcionário policial obrigado a garantir o poder político”. Alcides Munhoz Neto. *Op. Cit.*, p. 13.

6. CONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTO DO INJUSTO DA PARTICIPAÇÃO EM SEU LIMITE MÍNIMO: A TESE

“A finalidade de garantia que anima o princípio da legalidade somente se perfaz em face de possibilidade de aplicação de correta teoria de interpretação legal, e em processo em que a prova sobre os fatos típicos seja factível e submetido à controle.”⁵²⁷

6.1. Pressupostos teóricos

Já foi dito que é teorizando a respeito do fundamento do injusto da participação (do porque se pune o partícipe) que é possível obter um ponto de vista interpretativo a respeito dos limites da participação criminal que, na presente tese, se trata especificamente do limite mínimo, ou para baixo, ligada diretamente a problemática das ações neutras.

Para nos posicionarmos a partir de qual das teorias expostas devemos construir o limite mínimo da participação criminal – o que significa, obviamente, que não desenvolveremos nenhuma de forma inédita – necessário se faz partir de uma premissa fundamental sobre o tema.

Trata-se da adoção da acessoriedade pela lei brasileira, no art. 31, conforme já mencionado anteriormente, princípio ligado ao conteúdo da participação criminal propriamente dita.

Com base nele, fica desde já rechaçada a posição que considera como referencial a *pessoa do autor* para fundamentar a punição do partícipe.

Os argumentos são os mesmos já empregados pela doutrina estrangeira que seguem ora adaptados para nossa realidade. A uma, pela incompatibilidade com o texto legal brasileiro, que parte da acessoriedade limitada onde a responsabilidade do partícipe

⁵²⁷ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores *in Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. Coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 159.

independe da culpa do autor. A duas, por haver violação ao princípio da autoresponsabilidade, em que cada um deve ser responsável pelos seus atos.

No que diz respeito às teorias da participação *no fato do autor*, ou que fundamentam a pena do partícipe na sua contribuição a lesão do bem jurídico, rejeitada está igualmente a teoria da causação pura e suas variantes (Lüderssen, Meyer e Schmidhäuser), pelas mesmas críticas apresentadas pela doutrina a cada autor, em consonância com o que foi exposto em tópico próprio e, porque está ela, também, em desacordo com a legislação brasileira e ao regime da acessoriedade, cujo conteúdo não é de “condição objetiva de punibilidade”.⁵²⁸

No que diz respeito à posição moderna de Schumann, que fundamenta o injusto do partícipe com base na ideia da *solidarização*, apesar de sua posição guardar semelhança com a que defenderemos abaixo, fica desde já afastada principalmente pelo conteúdo vago de como deve ser ela entendida (se objetivamente, ou subjetivamente).

Finalmente, também não acolhemos as posições normativistas radicais, como a de Jakobs, primeiro porque partimos de um conceito de missão de direito penal distinto do que por ele foi empregado. Depois, porque a teoria que sustenta guarda sentido no sistema próprio por ele criado a respeito do dogmática penal.

Posicionamo-nos, assim, pela teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, por entendermos estar ela adequada ao sistema legal brasileiro e por fornecer melhores soluções aos problemas da participação nos crimes especiais, na participação necessária e do agente provocador e, de interesse para nossa tese, para o problema das ações neutras ou cotidianas de acordo com que sustentaremos.

Sem repetir o que já foi dito, das características da referida teoria que importam para construirmos nosso ponto de vista a respeito do limite mínimo da participação criminal, destacam-se as seguintes.

A aceitação de que o injusto do partícipe é parte do autor e outra parte dele mesmo, com características especiais. Isto permite que se extraia o desvalor da ação do partícipe, com critério próprios, independentes dos critérios de imputação do autor.⁵²⁹

⁵²⁸ Além das nossas considerações anteriores, consultar a respeito Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 826.

⁵²⁹ Dentro do processo de imputação, o conteúdo do injusto tem como paradigma, em primeiro lugar, a ponderação entre a ação e o resultado. Neste contexto, três posições surgem. A primeira, vinda do finalismo, funda o injusto exclusivamente na vontade do autor. Não é o legislador que traça previamente a proibição,

Assim, pode-se afirmar que o partícipe vai ser punido porque, com sua conduta, atacou o bem jurídico por ele mesmo, e não mediante o autor, ao incrementar o risco não permitido.

Por outro lado, em uma primeira análise, diante da aparente ação cotidiana, também será possível identificar se o incremento do risco da sua conduta foi permitido, caso em que de fato ficará impune. E mais: tal identificação será possível tendo em vista a possibilidade de utilizar-se de critérios próprios de imputação do partícipe.

Como estabelecer o desvalor da conduta do partícipe nos casos em que ela é aparentemente normal, cotidiana, neutra, é nossa tese que fundamentaremos na sequência.

6.2. Tipicidade substancial, a imputação das ações neutras e o dever de solidariedade

Acreditamos que a análise da incidência ou não do fato típico ao “interveniente neutro” deve ser feita sob uma perspectiva diferente da que foi apresentada pela doutrina. A exemplo do que já fez Greco Filho em outra oportunidade e para outro tema, não se trata de uma perspectiva nova, quer no sentido cronológico, quer no sentido lógico. Ao revés, cuida-se de uma perspectiva originária, porque se coloca no plano lógico e ontológico antes de qualquer outra.⁵³⁰

E é justamente porque nossa perspectiva seja originária, que ela se preocupa em estar conforme a teoria do tipo e da tipicidade.

Tem razão Greco Filho quando afirma que a tipicidade é o ponto de partida e de chegada de todo o desenvolvimento do direito penal. A finalidade de garantia do tipo, princípio da legalidade, somente se perfaz em face da aplicação correta da teoria de

mas o próprio autor que, imaginando desde logo estar no âmbito do injusto, este já teria iniciado e estaria preenchido completamente. O resultado é mera condição objetiva de punibilidade. A segunda, seguida pelos partidários da teoria causalista, vêem o resultado como parte da ação e, por consequência, como o único fundamento do injusto. E, por último, uma posição intermediária trata do injusto tanto sob o aspecto da ação quanto do resultado, esta compatível com a imputação objetiva..

⁵³⁰ Vicente Greco Filho. “Crime: essência e técnica”. In: *Boletim do Instituto Manuel Pedro Pimentel*, nº 21, jul/agos/set. de 2002, p. 11 e 12.

interpretação legal e em processo no qual a prova sobre os fatos típicos seja factível e submetido à controle⁵³¹.

A unidade do direito penal como instrumento de garantias pessoais e de convivência social se fortalece ao associar-se obrigatoriamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, do bem jurídico etc., também com a teoria da imputação⁵³². Aliás, neste sentido, não vemos porque não aceitar o crescente entendimento doutrinário no sentido de que a imputação objetiva deva ser equiparada com a tipicidade⁵³³.

De qualquer forma, a debate fundamental está na aplicação da teoria da imputação objetiva.

Como se sabe, somente as ações que criam ou incrementam o risco de um resultado podem ser proibidas, mas não todas. Haverá ações que, apesar de envolverem uma atividade perigosa, serão socialmente úteis, e por isso toleradas ou aceitas pela sociedade. É por meio do legislador, dentro da perspectiva da ordem jurídica, que este conteúdo será revelado.

Como já dito, em princípio, uma ação neutra representa para o fato do autor um incremento do risco permitido, cuidando de uma ação perigosa.

Mas pergunta-se: quando uma ação neutra de contribuição ultrapassa o risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente? Ou, quando posso dizer que há um desvalor da conduta daquele que participa do crime do autor com uma atividade normal, cotidiana?

A resposta a esta pergunta, contudo, depende de outra: por que perguntar se uma ação neutra ultrapassou o risco permitido se justamente por ser neutra ela representa um risco permitido? Por que sentimos necessidade de indagar, por exemplo, se deve ser

⁵³¹ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores in *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. Coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 147-169. Prova esta que não descarta a intuição (GRECO FILHO, Vicente. Intuição e prova processual in *BOLIBCrim*, n. 128, julho de 2003, p. 9-10). Sobre os princípios do processo relativos à prova, ver do mesmo autor *Culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁵³² GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores in *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. Coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 147-169.

⁵³³ Cf., por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, CANCIO MELIÁ, Manuel. La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, n. 7, p. 223-269 e TORIO LOPEZ, Angel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, jan./abr, 1986, p. 33-48.

punido um taxista – profissão lícita e regulamentada – que conduz um terrorista a um hotel para um ataque a bomba e nada faz para impedir o resultado, mesmo sabedor de todo o plano?

A resposta para esta segunda indagação está justamente no princípio da solidariedade humana. Assim, nos casos das ações neutras, que estão no limite “para baixo” da participação, a avaliação da parte de seu injusto deve ser analisada sob o aspecto da solidariedade, ou da falta dela.

Nesse sentido, a solidariedade deve ser analisada como um conceito *objetivo*, afastando-se da definição deste termo de ideias ligadas à generosidade, ao agir cristão e etc.

De Durkheim foi extraído que a solidariedade é o elemento chave da integração dos diferentes membros do corpo social, é aquilo que garante a coesão, em menor ou maior grau, da sociedade. Enquanto fato social⁵³⁴ ela é independente da vontade dos homens possuindo antes uma função estrutural objetiva que varia em grau de efetividade.⁵³⁵

A solidariedade existe em duas modalidades: mecânica e a orgânica, cuja distinção se dá pelo teor de diferenciação alcançado pela sociedade e, nomeadamente, por seu principal motor de coesão, a divisão do trabalho. Quanto mais esta se desenvolve, mais integrada estará a sociedade e, quanto mais integrada, mais se tende para a solidariedade orgânica.

Levando tais ideias em consideração apontamos para o fato de que a sociedade atual, por possuir um enorme grau de diferenciação, teria alcançado um nível inédito de integração e coesão. Até este ponto Durkheim se mostra um importante instrumento de análise da realidade contemporânea. Contudo, uma das principais consequências que o autor antecipou quando fosse alcançada esta situação não se confirmou.

⁵³⁴ Cf. Émile Durkheim. *Regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, cap. 1.

⁵³⁵ Cf. E. Durkheim. *Da divisão social do trabalho*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 112 e ss.

Isto porque Durkheim acreditava que o direito repressivo caminharia no sentido oposto do incremento da integração social resultante do predomínio da solidariedade orgânica.⁵³⁶

Na contemporaneidade, contudo, observa-se uma expansão das condutas geradoras de riscos e uma resposta igualmente expansiva do direito penal, ao invés de uma superação progressiva do direito repressivo.

Esta contrariedade acabou sendo explicada por A. Giddens que, apesar de não tratar expressamente da “questão” da solidariedade, desenvolve o mesmo raciocínio sob a ótica do “estreitamento dos vínculos sociais”, cujas consequências principais são: i) aumento das consequências da ação humana e dos riscos engendrados por esta e; ii) criação de espaços de difícil controle e monitoramento na vida social.

Uma sociedade mais integrada, para Giddens, significa uma maior proliferação de riscos, ao contrário da ideia de Durkheim (para quem a sociedade mais integrada seria cada vez mais harmônica).

Giddens identificou na sociedade atual o que chamou de “sistemas abstratos” ou “sistemas peritos”, vale dizer, redes técnicas e de saber das quais todos dependemos nos dias atuais (bancos, provedores de internet, sistemas de informação diversos, provedores de serviços variados etc.) e que são caracterizadas por se situarem em espaços geográficos diferentes daqueles ocupados por seus usuários e, ainda, por serem operados por “peritos”.⁵³⁷

Assim, por conta da organização atual da sociedade, todos dependem da ação idônea destes peritos e podem, potencialmente, ser afetados pela sua ação ilícita, ou seja, as consequências das atitudes lesivas eventualmente cometidas por alguns destes profissionais terão resultados negativos em grande escala. É o caso, por exemplo, dos operadores responsáveis pela segurança de dados bancários, pela manutenção dos sistemas eletrônicos que guiam as aeronaves ou mesmo elevadores etc.

⁵³⁶ “A divisão do trabalho [no âmbito do predomínio da solidariedade orgânica] dá origem a regras jurídicas que determinam a natureza e as relações das funções divididas, mas cuja violação acarreta apenas medidas reparadoras sem caráter expiatório”. E. Durkheim. *Da divisão...* *Cit.*, p. 216.

⁵³⁷ Cf. Giddens, *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, p. 88 e ss.

Os sistemas abstratos, ademais, por serem operados apenas por peritos muito especializados, são extremamente opacos, de difícil monitoramento e controle.⁵³⁸

Assim, para Giddens, determinadas contingências (acidentes, ocorrências imprevistas) podem causar problemas na condução dos sistemas abstratos, algo que os peritos não desejam expor a público.

Segundo nosso entendimento do pensamento de Giddens, o que fica implícito é que condutas lesivas levadas a cabo por estes agentes também permanecem ocultas, o que nos leva à questão das ações neutras.

Um perito envolvido na cadeia causal de uma conduta lesiva executada por outro perito, dada a magnitude dos riscos gerados por esta conduta e a opacidade dos sistemas abstratos nos quais atuam, possui o *dever de solidariedade*, isto é, deve agir de maneira que o resultado seja impedido ou evitado de alguma maneira.

Como resultado da própria integração social mais profunda, portanto, é necessário haver um dever jurídico que assegure a idoneidade das ações dos peritos e coíba suas ações danosas.

São por estas razões que o fenômeno do *estreitamento dos vínculos sociais* fundamentará, em determinados casos, a *criação de um vínculo jurídico-penal positivo*, que denominamos “dever de solidariedade”.

Dentro destes marcos específicos, e sem prescindir de uma previsão legal expressa, deve o Estado impor uma ação “solidária”, isto é, deve tutelar penalmente o dever de solidariedade.

Se positivado de maneira a não englobar uma gama de atores por demais extensa (o cidadão comum usuário do sistema abstrato, outros peritos que não estão envolvidos direta ou indiretamente nas condutas lesivas), a tutela penal do dever de solidariedade não implicará em um movimento expansivo desmedido do direito repressivo.

⁵³⁸ Isto é reforçado por estes próprios operadores, que não desejam tornar suas atividades mais facilmente compreensíveis e monitoráveis. Giddens enumera algumas razões para isso, a mais significativa delas é a seguinte: “Uma outra razão [para ocultar seus procedimentos] diz respeito às áreas de contingência que sempre permanecem no funcionamento de sistemas abstratos. Não existe habilidade tão cuidadosamente afiada e nem forma de conhecimento perito tão abrangente que estejam isentas de intervenção de elementos do acaso” (*Ibidem*, p. 90).

Dito isto, devemos novamente alertar que se a análise sociológica dos fundamentos objetivos da solidariedade aponta para o fato de que o estreitamento dos vínculos sociais é um fenômeno inerente à nova organização social em plano mundial, e em nenhum momento indica que este fenômeno pode ser refreado pelo direito penal em *todas* as suas consequências negativas. Assim, não deve servir como premissa e/ou justificativa absoluta para a disseminação de uma cultura punitiva entre os cidadãos, cultura que já se espalha pelas razões enumeradas acima no item dedicado à obra de D. Garland.

A perspectiva de Dias, na contracorrente desta onda punitivista, dá conta destas tendências do direito penal contemporâneo de maneira exemplar. Assim, estamos de acordo com o penalista português quando estabelece que, por um lado, “o número de omissões jurídico-penalmente relevantes terá tendência para *aumentar, em número e em significado, no seio da ‘sociedade do risco’*”.⁵³⁹

Assim, é possível argumentar que o “dever de solidariedade” é uma problemática atual do direito penal, mas que sua transformação em “dever de vigilância”, em punição generalizada do omitente, deve ser combatida com veemência.

Como vimos acima isto não significa que, de acordo com nossa perspectiva, a tutela penal do dever de solidariedade esteja vedada em todos os casos. A sua positivação, contudo, dependerá do preenchimento de determinados requisitos e condições sem os quais configurar-se-ia um movimento expansivo ilegítimo e socialmente danoso do aparato penal.

O principal critério para a tutela penal de determinadas ações neutras é dado novamente por Dias: “*toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico*”.⁵⁴⁰ Esta afirmação será uma referência constante à argumentação desta pesquisa.

Estamos, portanto, de acordo com Paschoal quando afirma que é “inconcebível é sustentar que a solidariedade deve ser estimulada por meio do Direito Penal e, pior, mediante a punição de condutas não previstas expressamente pela lei”.⁵⁴¹

⁵³⁹ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. Cit.*, p. 908.

⁵⁴⁰ *Ibidem.*, p. 938.

⁵⁴¹ *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: SAE, 2011, p. 69.

O direito penal não deve incentivar o aumento da solidariedade subjetiva, do sentimento de generosidade mutua etc. Trata-se de garantir a integração do corpo social (a solidariedade *objetiva*), tornando determinados atores situados em pontos cruciais do corpo social contemporâneo – aqueles à frente de sistemas peritos, por exemplo – conscientes das possíveis consequências de seus atos, dos riscos indevidos que podem ser acarretados pela sua negligência.

São nestes termos que fundamentamos o injusto partícipe, que será delimitado a partir do processo de imputação.

Então, reitera-se a primeira pergunta agora reformulada: quando a falta de solidariedade dá ensejo à realização do incremento do risco proibido?

Para o autor de crime, geralmente a doutrina apresenta como sendo três os principais critérios para a concretização de um risco juridicamente desaprovado: a existência de normas de segurança (considerado o critério mais importante, mas que para as ações neutras é inaplicável, tendo em vista sua externa aparência de licitude); a violação do princípio da confiança e o comportamento contrário ao *standard* geral dos homens prudentes.⁵⁴²

Para participação, nos casos de limite mínimo, acreditamos que o critério normativo a ser utilizado é a violação do dever de solidariedade que, no nosso ordenamento, recebeu disposições legais nos crimes omissivos.

A omissão é regulada pelo Código em duas hipóteses: crimes omissivos por violação de mandatos penais, e crimes violadores de deveres extrapenais, na terminologia empregada por Greco Filho ou, segundo a doutrina tradicional, crimes omissivos próprios e crimes comissivos por omissão, respectivamente.

A primeira hipótese, contudo, abrange as condutas omissivas em que o omitente é autor da violação penal, como, por exemplo, no crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal). Tratando-se de problema envolvendo a autoria criminal, está descartada sua aplicabilidade como critério de participação criminal. Se o agente omitiu nos termos das elementares do crime omissivo, por ele responderá, como autor.

No entanto, no caso das ações neutras, o que há é uma contribuição no fato do autor, incrementando o risco de seu resultado. Desta forma, entendemos pela

⁵⁴² V., por todos, Luís Greco. *Um panorama da teoria de imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47 e s.

aplicabilidade do § 2º do art. 13 como critério normativo para se avaliar se o incremento do risco ultrapassou os limites do permitido, tornando a conduta em princípio considerada neutra como punível.

A escolha deste dispositivo, numa interpretação sistemática do Código Penal, se deu justamente porque ele trata de hipóteses em que o legislador entendeu como necessária a tutela da solidariedade humana que, de acordo com o exposto no capítulo anterior, é objetiva.

Note-se que o § 2º do art. 13 aplicado segundo nosso entendimento não será, num primeiro plano, a norma de extensão que, em regra, permite a imputação nos chamados crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão.

Será o referido dispositivo um critério normativo, com conteúdo principiológico, que permite a avaliação da permissibilidade do risco para, a partir da constatação de uma ilicitude, tendo em vista o juízo de proibição, seja possível a nos termos do art. 29, este sim, aqui funcionando como norma de extensão, imputar à conduta neutra do interveniente o crime praticado pelo autor.

Por esta razão, não se discute a natureza da conduta neutra, se omissiva ou comissiva, justamente porque o juízo não é de análise da viabilidade de imputação da norma do §2º do art. 13, como norma de extensão, caso em que seria aplicada somente aos crimes comissivos. Muito menos é necessário invocar-se as teorias normativas que não estabelecem distinção entre as modalidades de conduta.

Em qualquer um dos casos, seja ação ou omissão do interveniente cuja conduta é considerada em princípio neutra, o critério do emprego da omissão penalmente relevante é utilizado para identificar, com já dito, a licitude da intervenção punível diante da violação do dever de solidariedade, consubstanciado nas disposições da citada norma.

A grande vantagem de nossa construção é que, por mais polêmica que seja a tipificação da omissão em crimes omissivos, como se verá no capítulo seguinte, está ela de acordo o princípio da legalidade. Será neutra a conduta que não violar um dos deveres de garantia, caso em que sua conduta apesar de perigosa, foi considerada pelo legislador como sendo permitida.

6.3. Possíveis críticas ao nosso posicionamento

a) posicionamento ad hoc

Uma possível crítica ao nosso posicionamento seria o fato de que criamos uma solução *ad hoc* para o problema das ações neutras.

Em defesa, entretanto, esclarecemos em primeiro lugar que construímos um critério a ser utilizado na zona limítrofe, a partir do fundamento do injusto da participação, no seu limite mínimo. E não há nada que possa causar estranheza nesta construção, já que o injusto da participação possui dois limites distintos, o que requer, logicamente, duas construções diferentes.

Assim, os critérios utilizados para diferenciar o autor do partícipe não podem ou são incompatíveis para estabelecer o limite entre a participação punível das condutas impunes.

Depois, nossa construção do desvalor da ação do partícipe é perfeitamente adequada à teoria da imputação objetiva, que permite a adoção de outros critérios de imputação, logicamente, desde que coerentes com o injusto típico que, para participação, tem suas peculiaridades.

b) a aplicação de uma norma de extensão construída para crimes omissivos (art. 13§ 2º, CP) também para crimes comissivos

A outra crítica, mais delicada, diz respeito à aplicabilidade de nosso próprio critério.

As ações neutras se externam por ações ou omissões, conforme os vários exemplos apontados. Como justificar a aplicação do referencial de dever de solidariedade própria para condutas omissivas em condutas de ação?

Na verdade, o que levamos em consideração nos crimes de deveres extrapenais (impróprios) são os comandos determinantes da solidariedade humana reconhecidos pelo legislador ao tipificar as referidas condutas, que se consubstancia no art. 13, §2º, CP.

A previsão das disposições legais sobre a omissão (art. 13, §2º, CP) funcionará como *critério de imputação* de um crime – no que diz respeito à avaliação do incremento de um risco proibido – praticado pelo autor principal, que necessariamente não será omissivo.

Não há, portanto, imputação de conduta omissiva em crime comissivo, como prevê o art. 13, § 2º, somente para os casos de omissão.

A natureza da omissão penalmente relevante prevista no art. 13, § 2º, funcionará, então, como norma orientadora ou principiológica do reconhecimento legal do dever de solidariedade objetivo, a ser aplicada como critério de imputação nas hipóteses fronteiriças da participação para baixo.

Resumindo: o art. 13, §2º, CP, portanto, passa a ter duas finalidades. Uma específica, cuidar dos crimes omissivos por comissão. E, também, outra, critério de imputação para análise do incremento do risco, se proibido ou permitido. Será proibido se o agente estiver em situação análoga do garante garantidor.

E mais: nossa proposição não ofende o princípio da legalidade. Primeiro porque o que se discute é a conduta do partícipe que de “qualquer modo” (art. 29, CP) concorreu para o crime, também tipicidade por extensão que complementa o tipo penal incriminador e, portanto, também sujeita a imputação normativa. Em segundo lugar, porque nenhum dos critérios previstos para imputação do autor serve para a participação nesta zona limite. E por último, nosso critério é o que mais se aproxima de uma definição taxativa entre os apresentados pela doutrina que não se posicionam na zona de conforto de manter a maioria das condutas neutras impune.

Em acréscimo, nosso posicionamento está de acordo com a missão do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, o que implica dizer, punir as ações perigosas que ultrapassam o risco permitido.

Outra indagação pertinente poderia ser aventada: em se tratando de conduta neutra ou cotidiana, por exemplo, ontologicamente omissiva, porque não responderia o interveniente como autor do crime definido no art. 135 do Código Penal (omissão de socorro)?

Simplesmente porque não é ele autor, por não possuir domínio do fato. Identificar o partícipe é, na exata medida, estabelecer o limite para cima em relação ao autor. Não sendo autor, não há que se falar de crime omissivo próprio (ou de violação de dever penal).

c) Todo interveniente “neutro” no fato do autor converte-se em garante de sua evitação?

Sustentamos justamente o contrário. A figura do garante garantidor do art. 13, § 2º, repita-se, funciona como um critério de imputação para os casos limites em que as condutas neutras têm sua impunidade questionada.

Assim, a aplicação do critério do art. 13, no juízo do incremento do risco proibido, faz com que a aparente conduta neutra torne-se punível a título de participação do fato do autor. Só haverá violação da solidariedade humana (risco proibido) quando a conduta do agente estiver abarcada nas hipóteses *referenciais* do 13, § 2º, do CP. O critério funciona justamente para limitar o âmbito da responsabilidade da violação da solidariedade objetiva, onde o incremento do risco é proibido.

Uma vez definido nosso critério sobre a omissão, dele trataremos no próximo capítulo, quando então resolvermos os casos levantados no início da tese, oferecendo nossa própria solução casuística.

7. A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

“O filho de todos não é de ninguém.”⁵⁴³

7.1. Considerações iniciais

Não pretendemos neste capítulo, desenvolver ou enfrentar todos os – muitos – pontos polêmicos da omissão penalmente relevantes que, ao lado da participação criminal, está entre os temas mais polêmicos da dogmática penal.

A abordagem desta temática limita-se a tornar aplicável o que consideramos como critério principiológico normativo na imputação da participação no limite para baixo, fronteira com a impunidade, principalmente porque o trabalho aborda casos práticos a serem solucionados.

Assim, de relevo para o entendimento do critério principiológico por nós proposto e que interfere diretamente na imputação, são as fontes de garantia e toda sua problemática frente ao princípio da legalidade.

No entanto, no que diz respeito às teorias da participação por omissão, apesar de ter merecido nossas considerações neste capítulo, os efeitos de sua aplicabilidade na interpretação do critério normativo proposto ainda não nos é muito clara.

Em princípio, entendemos que referida discussão não traz qualquer efeito prático nos termos em que aplicamos a omissão penalmente relevante neste tese, limitada a definição do limite entre a participação e as condutas impunes. De qualquer foram, segue tratada para suscitar o debate e evitar que o tema fique incompletamente abordado.

Mas, antes de iniciarmos estas considerações acerca dos delitos de omissão imprópria ou de omissão de dever extra-penal, são necessárias algumas reflexões de cunho metodológico⁵⁴⁴.

⁵⁴³Janaina Conceição Paschoal. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

A própria apresentação dos conceitos dos delitos omissivos de dever penal e de deveres extrapenais – bem como as diferentes denominações conferidas a este último grupo⁵⁴⁵ – reveste-se de dificuldades substanciais⁵⁴⁶, uma vez que não se tratam de matérias consensualmente abordadas pelos estudiosos do direito penal, tampouco pacificadas pela jurisprudência.

Cada escola penal que se propôs a estudar a diferença entre ação e omissão, a definição de omissão, o fundamento do dever de garantia, bem como os limites de imputação dos crimes omissivos impróprios, criou seu próprio sistema de responsabilidade sem que até hoje exista um modelo de consenso.

Algumas construções, contudo, se estabeleceram como um marco para o desenvolvimento das teorias contemporâneas que, a partir daí, refinaram (ou ampliaram) as hipóteses do dever de garantia.

Estudos atuais também contribuíram para o estabelecimento de outras bases de diferenciação entre condutas ativas e omissivas, para que o conceito de omissão pudesse representar mais do que uma fórmula de imputação de responsabilidade, e adquirisse autonomia dentro da teoria do delito.

Os caminhos tortuosos da definição dos crimes omissivos impróprios, especialmente do fundamento do dever de garantia, acompanham os esforços da doutrina ao longo do tempo, de tal modo que o objeto (crimes omissivos impróprios) evolui *pari passu* com a ciência do objeto (as teorias acerca destes delitos).⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Por ser mais didático, optaremos pela terminologia tradicional de crimes omissivos impróprios durante o capítulo.

⁵⁴⁵ No Brasil, a doutrina majoritária utiliza-se da denominação de crimes omissivos próprios e crimes comissivos por omissão (Janaina Conceição Paschoal. *Ingerência indevida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001). Em Portugal, parcela da doutrina denomina os crimes omissivos próprios de crimes omissivos puros, e os impróprios de impuros (Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 827, p. 914-15). Na Alemanha, segundo Jescheck e Weigend, os crimes omissivos próprios são crimes de omissão simples, ao passo que os crimes omissivos impróprios, crimes de omissão qualificada (Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 653 e 737.).

⁵⁴⁶ Lascurain Sanchez traz itações de dois autores que se dedicaram intensamente ao estudo deste tema, para qualificá-lo entre um dos temas mais difíceis da teoria do direito penal: “No se me oculta que, como advierte Jakobs, el tema que abordo, ‘la determinación del garante’ es ‘una de las tareas más difíciles de la dogmática de la parte general’, y que para transitar por el mismo no hay apenas tierra firme, pues, ahora en palabras de Gimbernat, ‘lo único seguro en los delitos improprios de omisión es que no hay nada seguro’”. (Juan Antonio Lascurain Sanchez. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid, Civitas, 2002, p. 22.)

⁵⁴⁷ Neste sentido, explica Tavares que sempre a omissão representou um ponto nebuloso na *teoria do delito*, não sendo elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a teoria finalista, as quais continuam a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la. (Juarez

Além disto, como antecipamos, o presente trabalho não busca reconstruir o pensamento a respeito dos crimes omissivos, mas tão somente reunir os pressupostos fundamentais para identificar quando uma ação neutra pode ser penalmente punida como crime omissivo impróprio.

Por este motivo, poderemos acompanhar, nas páginas que seguem, um breve apanhado das principais teorias, dentro da multiplicidade de teses acerca dos delitos omissivos impróprios, seus limites e fundamentos, bem como o delineamento das funções do garantidor e suas fronteiras de atuação.

7.2. Escolas penais e a distinção entre ação e omissão: observações críticas

Doutrinariamente, o primeiro passo a ser dado a fim de se estabelecer o que é a conduta omissiva e seu fundamento, é a distinção conceitual entre a ação e a omissão.

Sendo assim, algumas das teorias acerca dos delitos omissivos próprios e impróprios só podem ser compreendidas dentro de todo um sistema que parte da definição da ação para, então, em uma relação de contrariedade, estabelecer o que se pode considerar como omissão.⁵⁴⁸

As primeiras construções teóricas sobre os delitos omissivos remontam a estudos a partir do século XIX, quando da necessidade de formulação de uma teoria geral da omissão.⁵⁴⁹ Antes disso, porém, os crimes omissivos eram considerados uma categoria à parte dentro do Direito penal, em oposição ao conceito dos delitos de ação.

7.2.1 Causalismo

Tavares. “Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, 1996, pp. 126-157, 1996, p. 130).

⁵⁴⁸ Este é o caso, apenas para indicar alguns exemplos, da doutrina de Jesus Maria Silva Sanchez (*El delito de omisión, concepto y sistema*. Montevideo/Uruguai: B de F/ Julio Cesar de Faria, 2006), Claus Roxin (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000) e Günther Jakobs. (*La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; e *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004).

⁵⁴⁹ Juarez Tavares. *Op. cit.*, pp.126-157.

Foi a doutrina causalista a primeira a buscar as respostas para o fundamento da punição daquele que se omite diante de um resultado lesivo. Para os autores desta escola, a ação era resultado de um movimento corporal e a omissão seria, de modo igual, um esforço consciente em não mover nenhuma parte do corpo a fim de realizar a ação. Assim, a concepção naturalística da ação, no causalismo, estendia-se também à omissão.

As dificuldades da teoria causalista em conceber a punição pela omissão foram evidentes, tendo-se em vista o próprio modo de entender o crime no cerne desta teoria como movimento corporal que causa um resultado desaprovado. Era muito difícil, portanto, dentro da teoria causal, conceber uma inação como causa do delito, já que pela sua própria natureza não haveria nenhum movimento corporal capaz de identificá-la como causa do resultado.

Não obstante, várias foram as tentativas dos estudiosos da teoria causalista para delimitação deste grupo de delitos.

A primeira delas foi através da teoria da ação contemporânea, elaborada por Luden, segundo a qual a legitimidade em punir o omitente decorreria da prática de uma ação contemporânea à omissão, diversa da que deveria ter sido praticada.⁵⁵⁰ Para Beling, a omissão se caracterizava pelo esforço positivo em contrair os músculos a fim de não praticar a ação esperada no contexto perigoso, ao passo que para Binding, a omissão era a supressão e controle dos impulsos naturais para a ação.⁵⁵¹

A respeito das teorias causalistas da omissão, especialmente no modelo delineado por Beling, observa Silva Sanchez que o causalismo não considerava a existente diferença entre *ação* e *conteúdo da ação*, tratando a *ação* (movimento corporal) como o único *conteúdo da ação* sem considerar a finalidade da ação e a vontade.⁵⁵²

A este respeito, como se verá, Silva Sanchez entende que a ação é ontologicamente concebida como um movimento humano, mas seu conteúdo é um movimento *voluntário*, causador de um resultado. A vontade possui, assim, papel

⁵⁵⁰ Juarez Tavares. *Op. cit.*, p.129.

⁵⁵¹ Flávio Roberto D'Ávila. "Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)". *Boletim da Faculdade de Direito Studia Juridica*, n. 85. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 185-186.

⁵⁵² Cf. Jesus Maria Silva Sanchez. *El delito de omisión, concepto y sistema*. Montevideo/Uruguai: B de F/ Julio Cesar de Faria, 2006, p. 26-27.

essencial para distinguir a conduta humana de um acontecimento do acaso, e por isso ela é essencial para a definição do conteúdo da ação.⁵⁵³

Por fim, digno de nota que atualmente a concepção de Beling no tocante a omissão é retomada por Baumann, segundo o qual a omissão insere-se em um conceito amplo de ação, entendido como um comportamento humano regido pela vontade.⁵⁵⁴

7.2.2. Neokantismo

Os autores neokantistas deslocam a teoria do delito da ação para o campo dos valores, e deste modo, ao se avaliar uma conduta omissiva, o que esta escola considera relevante é a possibilidade de evitação de um resultado.

A omissão, para os neokantistas, é a ausência de uma ação positiva esperada para evitar um resultado. Por esse motivo, caberia ao intérprete da lei verificar se o resultado juridicamente desaprovado poderia ter sido evitado pela ação esperada.⁵⁵⁵

A crítica da doutrina é a de que este modo de compreender os delitos omissivos é mais próximo de uma solução prática, de imputação pessoal de um resultado, do que propriamente uma verdadeira teoria da causalidade.⁵⁵⁶

7.2.3. Finalismo

O conceito de ação da teoria finalista também não foi propício à definição dos delitos omissivos, por serem estes compreendidos como um fenômeno ontológico, natural, que só posteriormente são valorados pelo direito.

Para o finalismo, a ação e a omissão são subclasses independentes dentre de uma conduta suscetível de ser regida pela vontade final. Não existe uma omissão em si,

⁵⁵³ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵⁴ Conforme explica Silva Sanchez, em relação ao pensamento de Baumann: “Ni el contenido de la omisión (qué se omite), ni la posibilidad, ni el ser esperado son elementos del concepto de omisión, sino que afectan la tipicidad o la antijuridicidad”. *Op. cit.*, p. 28. A crítica ao posicionamento de Baumann, como não poderia deixar de ser, aproxima-se da crítica realizada aos autores do causalismo: a dificuldade em se falar de voluntariedade na omissão.

⁵⁵⁵ Juarez Tavares. *Op.cit.*, p.130.

⁵⁵⁶ Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 934.

somente a omissão de uma ação determinada. A omissão é um conceito limitativo: é a omissão de uma ação possível por parte do autor. A vontade da omissão, no finalismo, não é a finalidade de atingir um resultado, como acontece com a ação. É a consciência da possibilidade de agir.⁵⁵⁷

A diferença principal entre os delitos omissivos próprios e impróprios no finalismo é baseada no critério tipológico, ou seja, quando houver uma norma prevendo a omissão, o delito será de omissão própria. Se a responsabilidade partir de um critério de equiparação com a ação, o crime é de omissão imprópria.⁵⁵⁸

O referencial ao substrato ontológico da ação para omissão no finalismo, entretanto, para Tavares, dificulta sobremaneira a concepção mais acabada dos delitos omissivos, que devem ser vinculados a um dever de agir. É que a vinculação ao substrato ontológico gera uma contradição lógica, porque vincula a omissão ao mundo do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir, ou seja, à um substrato axiológico.⁵⁵⁹

Antes da diferenciação elaborada por Kaufmann, ainda no contexto entre delitos ativos e omissivos, no seio da doutrina finalista, a omissão era interpretada de acordo com os parâmetros da ação, no que D'Avila critica a interpretação da ação no finalismo como um forçado supraconceito “paradigmático e multifuncional” (*Oberbegriff*).⁵⁶⁰

Desse modo, conclui Tavares que a “*teoria finalista* é basicamente uma teoria da ação”, para os crimes *comissivos* concebida de modo funcionalmente correto, mas que é “claudicante quando procura tratar da omissão”.⁵⁶¹

7.3. O pensamento de Armin Kaufmann

Pertence principalmente à Armin Kaufmann a delimitação contemporânea dos delitos omissivos impróprios, ao ser o primeiro autor a interpretar a omissão não a partir da ação, mas a partir do dever normativo de garantia. Também foi responsável por

⁵⁵⁷ Hans Welzel. *Derecho penal aleman*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 276 e ss.

⁵⁵⁸ Juarez Tavares. *Op. cit.*, pp.126-157.

⁵⁵⁹ *Op. cit.*, pp.130-131.

⁵⁶⁰ Flávio Roberto D'Avila. *Op. cit.*, p. 185.

⁵⁶¹ Juarez Tavares. *Op. cit.*, p.133.

diferenciar as omissões próprias e impróprias, não mais desde o elemento tipológico, mas de acordo com a finalidade da norma: os delitos omissivos próprios seriam mandamentos de simples atividade, enquanto os impróprios seriam mandamentos de evitação do resultado.⁵⁶²

Deste modo, o critério elaborado por Kaufmann acerca dos delitos de omissão impropria “pode ser considerado como um ‘ponto de viragem’ na orientação doutrinária alemã”.⁵⁶³

Após tecer considerações críticas aos critérios de distinção entre ação e omissão, Kaufmann conclui que a essência dos delitos omissivos impróprios reside em sua função axiológica. A partir deste critério axiológico, sugere que a distinção entre condutas omissivas próprias e impróprias não seja solucionada pelo legislador, como preceitua o critério formal, e sim a partir da jurisprudência e da doutrina.

A distinção essencial entre ação e omissão foi observada por Kaufmann especialmente a partir da lógica de cada prescrição normativa.⁵⁶⁴ Enquanto o tipo penal de ação descreve um não fazer, através de um tipo proibitivo, o tipo de omissão prescreve uma obrigação de fazer por meio de um tipo mandamental. Sendo assim, se a ação é A, a omissão é não-A,⁵⁶⁵ e uma norma não poderia prescrever um dever de agir e de não agir ao mesmo tempo. Por isso, a construção dogmática da omissão deveria partir da ausência de ação, de dolo, de relação de causalidade, da decisão de cometer o ilícito etc.⁵⁶⁶

Ressaltamos acima a importância que Kaufmann confere ao mandato normativo para estabelecer o delito de omissão, pois os estudos do autor representaram importante ponto de partida para as considerações acerca dos delitos omissivos impróprios, e continuam presentes nos esforços da doutrina mais atual em definir os delitos omissivos, distinguindo-os dos comissivos, e em justificar a punição penal daquele que não pratica uma conduta esperada. Mas seu posicionamento é alvo de várias críticas.

⁵⁶² Flávio Roberto D’Avila. *Op Cit.*, p. 268 e ss.

⁵⁶³ Flávio Roberto D’Avila. *Op. cit.*, p. 221 e ss.

⁵⁶⁴ Armin Kaufmann. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 42.

⁵⁶⁵ Por esse motivo, nos exemplos elencados por Kaufmann para analisar os casos de participação ativa em uma omissão (por exemplo, do sujeito que impede o outro de realizar o processo de salvamento de alguém que está se afogando), Cláudio Heleno Fragoso refuta a hipótese de omissão, entendendo que se tratam de crimes comissivos. Assim, omissão é somente o não fazer. (Cláudio Heleno Fragoso. *Crimes omissivos por comissão?* Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/crimes%20omissivos%20por%20comissao.pdf>. Acesso em 10.09.2011)

⁵⁶⁶ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 906.

7.3.1. Críticas ao pensamento de Armin Kaufmann

Uma das críticas apresentadas ao posicionamento de Kaufmann (de que a mesma norma não se sustenta com dois conteúdos divergentes) é que a impossibilidade vislumbrada pelo autor é facilmente superável pela criação de uma norma de codificação, ou seja, de proteção do bem jurídico, capaz de conter tanto os comportamentos ativos quanto os omissivos, a ser complementada por um tipo de interpretação, específico para cada um destes tipos de codificação.⁵⁶⁷

Como Teresa Quintela de Brito informa,⁵⁶⁸ esta alternativa de criação de uma norma geral de codificação foi em parte adotada pelo Código Penal português. E aduz que, em Portugal, a omissão é tratada diferentemente de qualquer outro ordenamento europeu, prevendo na Parte Geral do Código Penal, no artigo 10, uma cláusula geral de responsabilidade por omissão.⁵⁶⁹ A saída encontrada pelo CP Português, desta forma, foi institucionalizar, na Parte Geral, a previsão de um crime de omissão para cada crime ação, sempre que houver possibilidade de evitar o resultado. Esta solução, segundo a autora, representa a equiparação do comportamento ativo ao omissivo, “ao nível do próprio tipo de um crime material”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Teresa Quintela de Brito. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 99. Sustenta a autora: “Portanto, o ‘tipo comum’ só se apresentará como um simples tipo proibitivo de resultado, quando assim se configurar o tipo do respectivo crime material. Nos restantes casos, o ‘tipo de codificação’”.

⁵⁶⁸ A autora, no esforço de comprovar a possibilidade de tentativa nos delitos de omissão, volta-se para o objetivo da norma de proteção, enquanto tutela do bem jurídico. Neste sentido, a função do tipo penal de omissão não seria apenas preservar um bem jurídico, mas atuar no sentido de impedir a lesão a este bem. Os delitos de omissão, desta forma, internalizam um dever de agir proativamente e, quando a ação não puder mais chegar aos resultados esperados pela norma, (pelo fracasso da tentativa de salvação, ou por ter sido a ação praticada por um terceiro) deve-se avaliar a possibilidade de punição do garante por tentativa de omissão. No exemplo da autora: se a mãe sabe que o pai está envenenando o filho, e demora a impedir o resultado, praticaria tentativa de omissão. Os exemplos que ela dá, vão no sentido de que a pessoa age, mas age tarde, não a ponto de se verificar um resultado de lesão, mas também não em um momento capaz de evitar qualquer dano ao bem jurídico protegido. Conclui a autora: “Na verdade, em péssima situação ficariam os bens jurídicos, caso o Direito Penal se alheasse do perigo resultante do protelamento da intervenção do garante, apenas lhe impondo o mero impedimento do resultado típico.” *Ibidem*, p. 216 e ss.

⁵⁶⁹ Conforme descrito pela autora: “quando um tipo legal de crime compreenda um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo, como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se for outra a intenção da lei’ (artigo 10 na versão originário do CP Português); ou ‘[...] o facto abrange [...] a omissão adequada a evitá-lo’ (artigo 10, n.º 1, do DL 48/95)”. Informa ainda que a Lei n.º 65/08 retomou a primeira redação do artigo 10. *Idibem*, p. 96.

⁵⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 97.

Sob outra perspectiva, critica Paschoal a falta do elemento subjetivo na formulação de Kaufmann (ao estabelecer como critérios para os delitos de omissão impróprios a posição de garantidor, a capacidade de agir e a consciência desta capacidade).⁵⁷¹ Para Kaufmann, como uma omissão não pressupõe uma causalidade, tampouco uma finalidade humana, não haveria sentido falar-se em culpa ou dolo, e por isso, sua classificação da omissão é exclusivamente normativa.

Além disto, ainda de acordo com Paschoal, outra crítica aos estudos de Kaufmann é que ele provocou um certo automatismo no que diz respeito à atribuição da responsabilidade por omissão. Isto porque entende-se suficiente para penalizá-la a presença da omissão, do garantidor e da capacidade de agir, sem grandes questionamentos, “quando, na verdade, essa estrutura haveria, no máximo, de fazer as vezes do nexo de causalidade”.⁵⁷²

7.3.2. Outras propostas de diferenciação a partir do pensamento de Armin Kaufmann

Robles Planas retoma o posicionamento de Kaufmann e concorda que a reprovabilidade dos delitos omissivos está no plano normativo e não ontológico. Não aceita, contudo, a diferença estabelecida entre os delitos de ação e omissão como sendo absolutamente antagônicos.⁵⁷³

Explica o citado autor que a finalidade da criação das duas modalidades delitivas – tanto comissivos quanto omissivos – reside no interesse de proteção de determinados bens jurídicos, finalmente lesionados, conferindo-se, em alguns casos, a obrigação de proteção destes bens à sujeitos determinados, aos quais se atribui uma competência específica com relação ao perigo que os ameaça.⁵⁷⁴

Nesse sentido, defende que os delitos comissivos e omissivos possuem uma estrutura fundamental muito próxima, o que permite a equiparação de ambos no plano normativo. Não obstante, entende que existe uma diferença a se destacar nos delitos

⁵⁷¹ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, pp. 23-24.

⁵⁷² Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁷³ Ricardo Robles Planas. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 55-6.

⁵⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 55-6.

omissivos, pois nestes atribui-se a um ator determinado a incumbência específica de evitar um resultado.⁵⁷⁵

Após sofrer críticas,⁵⁷⁶ Robles Planas esclarece que a sua tese de identidade entre autoria e omissão, com base na proteção do bem jurídico, não se confunde com a metodologia de Jakobs de responsabilidade organizacional. Para o Robles Planas, as esferas de responsabilidade devem ser ponderadas com os espaços de liberdade, portanto não admite a atribuição de responsabilidade para todas as áreas possíveis de atuação do sujeito.

Silva Sanchez,⁵⁷⁷ por sua vez, entende que a omissão pode, normativamente, ser equivalente à ação, ou seja, que a omissão não se resume à posição de garante concomitante à possibilidade de evitar o resultado. Segundo seu entendimento, existe um desvalor que justifica normativamente esta identidade (entre ação e omissão), baseado na proteção do bem jurídico. No entanto, para que a omissão seja punida, a conduta deve estar adstrita à regulação de um exercício prévio da própria liberdade como fato lesivo,⁵⁷⁸ balizada pela mínima intervenção possível no espaço de liberdade dos indivíduos.

Silva Sanchez também entende que esta identidade *estrutural* entre as duas formas de conduta é “una exigencia ineludible en Derecho español”.⁵⁷⁹ Por identidade estrutural entende o autor que não é suficiente a correspondência ou equivalência aproximada, mas a identidade entre o *conteúdo* do mandamento e do *injusto* da proibição. Identidade estrutural, assim, representa um conteúdo de política criminal que, em sua interpretação, é um modo de restringir as hipóteses de comissão por omissão.

As condutas mandamentais, para Silva Sanchez, podem ser divididas em dois grupos, de conteúdo mandamental preceptivo ou proibitivo. O conteúdo preceptivo refere-se às condutas de determinados sujeitos com responsabilidade qualificada, com o objetivo de evitarem o resultado a partir da realização das prestações positivas de salvaguarda, como são os tradicionais exemplos do salva-vidas, ou dos pais em relação aos filhos.

⁵⁷⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁷⁶ Silva Sánchez, Jesús Maria. *Op. cit.*, p. 190-1. Para o autor, deve-se ponderar sempre os espaços de liberdade, pois o mandado de ação naturalmente pressupõe uma intervenção mais grave na liberdade do indivíduo do que a norma de proibição de um resultado.

⁵⁷⁷ *Idem, Ibidem* p. 190 e ss.

⁵⁷⁸ Ricardo Robles Planas. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 58.

⁵⁷⁹ Silva Sánchez, Jesús Maria. *Op. cit.*, p. 462.

O conteúdo proibitivo, por sua vez, está ligado às condutas de qualquer sujeito que crie ou incremente perigos juridicamente relevantes de produção de resultados lesivos ao bem jurídico, nas hipóteses mais comumente chamadas de ingerência.⁵⁸⁰

No mesmo sentido de Silva Sanchez, defende Muñoz Conde a equivalência entre condutas ativas e omissivas. Conde entende que, da mesma forma como ocorre nos delitos de ação, há uma cláusula geral voltada para a atuação jurisprudencial que, a partir da situação concreta, interpretará restritivamente a prescrição da norma.

Seu objetivo é demonstrar que a norma visa prevenir um resultado e, nesse sentido, é possível incluir, também na descrição do tipo comissivo, determinados comportamentos omissivos que possam também contribuir para a produção do resultado proibido.⁵⁸¹

Em sentido contrário, para Robles Planas a existência de um resultado não é determinante para a imputação da responsabilidade da conduta omissiva. Nos casos de omissão, imputa-se a responsabilidade a partir de critérios normativos, relacionados à possibilidade de se atribuir determinados deveres a certo grupo de indivíduos, diretamente obrigados à preservação de algumas pessoas e prevenção de alguns bens jurídicos previamente definidos.⁵⁸²

Sendo assim, para Robles Planas a responsabilidade pela omissão está diretamente vinculada ao exercício livre de uma atividade, e a desaprovação típica estará baseada no fato de que o perigo a que se expõe o bem jurídico esteja em uma esfera de proteção administrada pelo sujeito omitente.

Desse modo, a reprovabilidade da omissão fundamenta-se no perigo surgido de uma esfera administrada pelo omitente, seja ela a administração de algumas esferas de perigo, seja a administração de determinados perigos que interfiram na esfera alheia, diante dos quais se deva adotar medidas de proteção. A reprovabilidade não está, portanto, vinculada à relação de domínio, nem ao resultado, como pretendem Silva Sanchez e Muñoz Conde.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 461.

⁵⁸¹ Francisco Muñoz Conde. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 33.

⁵⁸² Ricardo Robles Planas. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 59.

⁵⁸³ *Idem*, p. 60.

De acordo com esta perspectiva, a proteção jurídica oferecida a determinados bens e esferas da vida, que justifica a determinação normativa de ação, portanto, decorre do *exercício livre de atividades perigosas* que, justamente devido ao seu caráter perigoso, geram o dever de proteção e vigilância, independentemente da superveniência de um resultado naturalístico. Tratam-se de deveres oriundos de determinados direitos, que outorgam exclusividade de realização e cuidado por conta do seu titular (como a relação parental, as obrigações de trânsito, etc).⁵⁸⁴

Para Dias, a diferenciação entre condutas ativas e omissivas não está na sua diversidade estrutural, ontológica, mas de acordo com sua estrutura normativa, e especialmente se dá pelas valorações político-criminais que revistam a omissão de sentido jurídico-penalmente relevante.⁵⁸⁵ A punibilidade da omissão, para Figueiredo Dias, é, sobretudo resultado de uma escolha de política criminal.

A mesma posição é adotada por Tavares, que entende que a diferença entre ação e omissão não deve estar baseada na modalidade de conduta, mas na estrutura da norma que impõe ou proíbe uma atividade, ou seja, pelo critério axiológico. Assim, nas palavras do autor, “haverá omissão toda vez em que a existência da conduta como tal se vincule a um dever de agir, que assinale sua relevância. Haverá comissão, quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir”.⁵⁸⁶

Esta concepção normativa da diferença entre omissão e comissão também é adotada por Costa Jr., que entende que o causar algum resultado é substancialmente diverso de não impedi-lo e, por isso, a omissão não poderá, nunca, dar causa a um resultado.

Para o autor, a omissão existe fenomenicamente, mas é a norma quem confere sentido a ela. Entretanto, como o “legislador não fala a linguagem da crítica do conhecimento, e sim aquela da vida prática, pode promover a omissão à categoria causal. E o faz assentado na obrigação contida na norma, jurídica ou extrajurídica.”⁵⁸⁷ Ou seja, a atribuição de sentido dada pelo legislador à ausência de ação é o que permite identificar uma conduta punível, e não a omissão como fato desencadeador de um fluxo causal.

⁵⁸⁴ Conforme afirma Planas: “se trata de la constitución de una relación de libertad (sin interferencias) jurídicamente garantizada y de la derivación de los correspondientes deberes de evitación del daño”. *Idem*, p. 61.

⁵⁸⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Op. cit.*, p. 906.

⁵⁸⁶ Juarez Tavares. *Op. cit.*, pp. 135 e 143.

⁵⁸⁷ Paulo Jose da Costa Jr.. *Nexo causal*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.122.

Retomando um debate contemporâneo à Kaufmann para problematizar a equiparação entre condutas ativas e omissivas, e partindo das considerações críticas que tece ao autor, Paschoal entende que o critério diferenciador que se mostra, ainda hoje, mais adequado, é o movimento corporal.

O critério do movimento corporal parte, sobretudo, do princípio constitucional da subsidiariedade. Assim, a conduta omissiva seria sempre considerada subsidiariamente à ativa, ou seja, “quando ocorre um comportamento ativo (movimento corporal) e um omissivo, deve prevalecer aquele”.⁵⁸⁸ Isto, pois, como mencionado, considera que a normatização das condutas omissivas levada a cabo por Kauffmann despreza o elemento subjetivo, ao presumir o dolo nas condutas omissivas.⁵⁸⁹

A autora, portanto, postula pela diferenciação, mas não por uma diferenciação exclusivamente normativa, como inicialmente desenvolvido por Kauffmann. Sendo assim, uma vez demonstrado que o nexa causal das condutas omissivas não pode ser naturalístico, deve ser entendido como normativo.

Entretanto, para que este nexa *normativo* se complete, caracterizando uma conduta típica, é necessário que a omissão tenha se dado não somente pela inobservância do dever de cuidado, mas também pela vontade deliberada do autor em se omitir.⁵⁹⁰ A autora integra, dessa forma, o indispensável elemento subjetivo à conduta omissiva para que a norma adquira sentido suficiente para responsabilização penal.

Por fim, observa a autora que equiparação entre os delitos ativos e omissivos foi, em princípio, benéfica, na medida em que estendeu a estes as garantias e princípios constitucionais que tradicionalmente se aplicavam e regiam os tipos de ação.

A exacerbada equiparação, no entanto, tem levado ao caminho inverso, ao estender as posições de garantia também para os delitos comissivos, trazendo para estes a insegurança presente na atribuição de autoria em alguns casos de omissão.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ A autora critica a construção jurisprudencial que tem considerado omissão a postura do médico que desliga os aparelhos do paciente, nos casos de ortotanásia. Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁸⁹ Assim conclui: “parece mais razoável continuar a operar com o critério do movimento corporal, uma vez que, os demais, de certa forma, relativizam as diferenças entre o comportamento ativo e o omissivo, conferindo mais importância à ideia própria de comportamento”. (*Idem, Ibidem*, p. 32).

⁵⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 77.

⁵⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 25.

7.4. Conclusões preliminares

Esta tendência de ampliação das hipóteses de incriminação pelo não fazer era aventada desde os esforços para a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro em 1984 e, como podemos evidenciar, ainda não foi solucionada pela doutrina.

Já alertava Munhoz Netto, um dos principais estudiosos do tema à época, do risco da ampliação dos tipos omissivos, o que segundo ele, citando Zaffaroni, pode redundar “num autoritarismo penal muito restritivo no âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem”.⁵⁹²

A conceituação dos delitos omissivos impróprios, como pudemos observar, não é tarefa simples, nem encontra consenso em qualquer escola de teoria do delito, nem mesmo entre autores pertencentes à mesma escola.

Interessa-nos, por isso, inicialmente observar como cada uma destas teorias desenvolve a função de garantia, ou seja, define quem é o garantidor, sob quais critérios erige o dever de atuar, para que as consequências dos pressupostos que tais escolas estabelecem ganhem contornos mais claros.

7.5. Aproximação conceitual: delitos de omissão imprópria

Superado o debate das escolas penais a respeito das diferenças entre crimes comissivos, omissivos e comissivos por omissão, cabe delimitar o conceito dos delitos de omissão imprópria, a fim de se estabelecer os deveres de garantia.⁵⁹³

Os delitos de omissão imprópria caracterizam-se pela atribuição de responsabilidade por um não fazer a um sujeito determinado. Este sujeito deve ser

⁵⁹² Alcides Munhoz Netto. “Crimes omissivos no Brasil”. In: *Revista de direito penal e criminologia*, n. 33, jan-jun/82, pp. 5-29. Citação à p. 9. O autor tece ainda duras críticas à racionalidade legislativa na seara dos delitos omissivos próprios, e afirma que com a crescente tipificação dos deveres de agir “abre-se a oportunidade a que o Estado-todo-poderoso se utilize da criação de delitos de omissão própria para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais, tudo em detrimento do *jus libertatis*.” (*Op. cit.*, pp. 9-10).

⁵⁹³ Diante da riqueza deste assunto, é importante estabelecer que a análise da estrutura dos tipos omissivos insere-se, neste trabalho, especialmente como um pressuposto para o estudo das condições de garante. A discussão que ora se desenvolve das distinções entre ação e omissão, bem como entre os tipos de omissão própria e imprópria, portanto, dado o próprio objeto de análise deste trabalho, é limitada, e parte dos pressupostos já estabelecidos pela abundante bibliografia nacional e internacional sobre o tema.

responsável pela preservação do bem jurídico protegido no respectivo tipo de ação, e por buscar a não ocorrência do resultado lesivo previsto no mencionado tipo, desde que existentes as condições para a ação.⁵⁹⁴

A omissão punível é, assim, em linhas gerais, forma de realização de um postulado típico, sempre que presentes a figura do garantidor, um resultado lesivo ou incremento do risco ao bem jurídico, e a capacidade e possibilidade de ação.⁵⁹⁵ Tal situação típica reduz-se, conforme Dias, à criação de um risco de verificação de um resultado típico.⁵⁹⁶

A inicial clareza destes pressupostos (a posição de garantia e a possibilidade de agir), contudo, desfaz-se diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos critérios que nos permitem diferenciar entre as condutas ativas e omissivas.

Há divergência também sobre o fundamento que justifique o dever de garantia. Ou seja, o fundamento pelo qual algumas pessoas tem não somente o dever de não praticar um delito, mas também o dever evitar um resultado. Algo que permita ao Estado estabelecer a um determinado grupo de pessoas a obrigação de prevenir ou evitar danos aos bens jurídicos tutelados pelas normas de conduta ativa.

São levantadas questões também acerca do que se pode exigir do garantidor, do grau de certeza da evitação do resultado (caso a ação prescrita tivesse sido praticada), bem como sobre as possibilidades de estender a noção de garante em certos contextos sociais, onde o risco é inerente à atividade desenvolvida pelo autor.

Na doutrina brasileira, Munhoz Netto define os delitos omissivos impróprios como o dever de um garantidor de evitar um resultado, ou, ao menos, tentar evitá-lo. O garantidor é aquele que reúne as características especiais que o transformam em responsável pela preservação do bem jurídico. Nesse sentido, afirma que a antijuridicidade desta categoria de delitos não reside na causação de um resultado lesivo, mas no descumprimento do dever de garantidor.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Cf. Carmo Antônio de Souza. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 83 e ss.

⁵⁹⁵ Vale mencionar que não há consenso na doutrina sequer a respeito destes pressupostos, uma vez que para os partidários da teoria desenvolvida por Jakobs, na obra *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004) dispensa-se muitas vezes a consideração acerca da possibilidade de agir.

⁵⁹⁶ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 927.

⁵⁹⁷ Alcides Munhoz Netto. Crimes omissivos no Brasil. In: *Revista de direito penal e criminologia*, n. 33, jan-jun/82, p. 18.

Para Cezar Bitencourt, é preciso mais do que *tentar* evitar um resultado, pois para o autor é característica dos delitos omissivos impróprios o *dever* de evitar um resultado concreto, agindo finalisticamente orientado a cumprir esse mandamento normativo. O agente não tem, portanto, simplesmente a obrigação de agir para evitar um resultado, e sim o dever de agir com a *finalidade* de impedir determinado evento.⁵⁹⁸

No entendimento de Paschoal, ação, omissão, resultado, possibilidade e capacidade de agir, e eficácia da ação para evitar o resultado representam o nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios. Entende, no entanto, que como este nexo de causalidade é meramente normativo, ele não é suficiente para a atribuição de responsabilidade penal, que agregaria também um elemento subjetivo.⁵⁹⁹

O tratamento exclusivamente normativo da responsabilidade pela omissão, sem a consideração da existência de dolo ou culpa na omissão, faria “dispensar à omissão, de maneira inadmissível, tratamento mais gravoso que aquele voltado à ação”.⁶⁰⁰ Sendo assim, para a autora, os crimes omissivos são caracterizados pela existência de um garante, pela possibilidade e capacidade de evitar o resultado, a existência de um resultado lesivo, antecedido de uma ação idônea para evita-lo, e especialmente pelo elemento subjetivo.

Sob outra perspectiva, Dias analisa os tipos omissivos impróprios através da chamada “conexão do risco”, segundo a qual a ação esperada teria o potencial de diminuir o risco de acontecimento do resultado típico. No contexto dos delitos omissivos impróprios, assim, deve-se comprovar que a ação não praticada teria o condão de diminuir o perigo, para que fosse possível punir a título de omissão imprópria.

Outra parcela da doutrina, entretanto, exige, para responsabilização do omitente, que reste demonstrado que a ação omitida teria a probabilidade próxima da certeza de evitar o resultado danoso.⁶⁰¹

A partir destas considerações, podemos evidenciar que é a definição do papel do garante que fundamenta a própria existência dos delitos omissivos impróprios, seja qual for a postura adotada acerca da distinção entre delitos omissivos e comissivos.

⁵⁹⁸ Cezar Roberto Bitencourt. *Teoria geral do delito, uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 106-7.

⁵⁹⁹ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁰⁰ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 40.

⁶⁰¹ Hans-Heinrich Jeschek e Thomas Weigend. *Op. cit.*

A variação destas teorias dar-se-á, precipuamente, na amplitude que o dever de garantia pode adquirir. Isto pois, a partir do posicionamento que se adote acerca do dever de garantia, (especialmente nos casos de ingerência) existirão maiores ou menores espaços de punição para aquele que se omite.

7.6. A posição de garante: as teorias do dever jurídico e das posições de garantia

7.6.1. Teorias do dever jurídico: o dever de garantia

A posição do garantidor é o principal fundamento dos delitos omissivos impróprios já que, diante da ausência de uma norma específica atribuindo o dever de agir em situações pré-determinadas (como ocorre nos delitos de omissão própria), é necessário que se estabeleçam cláusulas genéricas do dever de agir.

Assim, a hipótese genérica de atribuição de dever de garantia, constante na Parte Geral de nosso Código Penal, bem como de muitos outros Códigos estrangeiros, é que justifica a existência de um dever de agir voltada para pessoas que previamente assumiram um dever de cuidado, ou criaram um risco não permitido para um bem jurídico.

Conforme indica Enrique Bacigalupo, a teoria clássica da omissão imprópria estabelece como fontes do dever de garantia a infração de determinado dever de agir e é, a princípio, admissível em todos os delitos ativos, salvo aqueles que requerem condições especiais de autoria, ou que prescrevem um modo específico de execução.

Os deveres resultantes deste mandado de ação podem decorrer da lei, do contrato, de um fato anterior, ou das chamadas “comunidades de perigo”, sob as quais não existe total concordância da doutrina.⁶⁰²

Dias aponta três principais teorias fundamentadoras do dever de garantia: teorias formal, funcional e material-formal, intimamente ligadas às diferenças traçadas entre ação e omissão pelas escolas penais brevemente mencionadas acima.⁶⁰³

⁶⁰² Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 106.

⁶⁰³ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 930 e ss.

A teoria formal remonta à Feuerbach, e vincula a existência do papel de garante à uma lei ou contrato prévios, como teremos oportunidade de observar mais adiante. A teoria material, conhecida como funcional, utiliza-se da proximidade do autor com o bem jurídico protegido pela norma para identificar quando existe um dever de garantia. A teoria material-formal, por sua vez, enquanto conjugação das duas teorias mencionadas, busca coadunar um dever formal prévio a uma lesão iminente aos bens jurídicos tutelados.⁶⁰⁴

A inserção da figura do garante foi essencial para a equiparação entre a prática ativa do tipo a não evitação de um resultado.

Consta da doutrina ter sido o autor alemão Nagler⁶⁰⁵ um dos primeiros a formular a existência de um dever de garantia, como elemento fundamental de distinção entre os delitos omissivos próprios e impróprios, e especialmente dotado de equivalência com os delitos de ação. Com este conceito, Nagler estende para as condutas omissivas todas as regras que regulam a interpretação e imputação penal.

A definição da existência de um dever de cuidado, de garantia, a justificar a equiparação entre agir e omitir, no entanto, é apenas o passo inicial da doutrina na tentativa de delinear as características distintivas dos delitos de omissão imprópria, bem como as fontes do dever de garantia.

Assim, ao delimitar o papel do garante, Armin Kaufmann começa por descrever os requisitos do dever de ação, incluindo a capacidade de agir. Dever de agir, para o autor, refere-se “a esa vinculación, derivada de la norma abstracta, de un individuo en concreto, capaz de acción en este sentido”, ou seja, o dever de agir afeta aquele que pode realizar concretamente a ação descrita abstratamente na norma.⁶⁰⁶

Insiste Kaufmann também que a palavra *dever* compreende múltiplos significados, e é interpretada diferentemente em cada ramo do direito. Assim, o dever de

⁶⁰⁴ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 930 e ss.

⁶⁰⁵ Sheila de Albuquerque Bierrenbach. “Considerações acerca dos sujeitos ativos dos crimes omissivos impróprios: o elenco de garantes do artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro”. In: *Ciência Penal, coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: JM, 1999, p. 331., e também da mesma autora, *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31.

⁶⁰⁶ Armin Kaufmann. *Op. cit.*, p. 30.

atuar não se confunde com a obrigação civil ou administrativa de agir, e o sentido do dever necessariamente é distinto do sentido da norma.⁶⁰⁷

Na construção dogmática jurídico penal, existe uma série de deveres oriundos do próprio conceito de delito, ou das noções de culpabilidade (dever de cuidado, dever de prova, dever de cumprir a lei, dever de evitar o resultado, etc.)⁶⁰⁸ Estes deveres abstratos decorrem da norma, e compõem o seu próprio sentido, porém, quando se volta a uma situação real, este dever de atuar representa a concretização de uma norma abstrata. Por isso, afirma Kaufmann que *não há infração do dever de atuar sem tipicidade de mandato*.⁶⁰⁹

Deste modo, Kaufmann recorre à teoria da norma⁶¹⁰ (e busca as concepções mais radicais de Binding) para fundamentar a diferença essencial dos tipos de ação e omissão. Para o autor, importante para a determinação desta diferença é o comportamento humano.⁶¹¹

Assim, ainda que se pudesse supor a identidade entre a ação e a omissão, teríamos necessariamente dois problemas: a indispensável previsão da figura do garante, e a diferença insuperável do nexo de causalidade, pois nos delitos de ação a causalidade é direta, real, enquanto nos delitos omissivos a causalidade é pressuposta, é uma hipótese.

A figura do garante, no entanto, como acima mencionado, decorre de uma norma abstrata de mandado de fazer. E, para Kaufmann, uma norma não pode conter, ao mesmo tempo, uma proibição de fazer e um mandado de fazer, um agir positivo e um negativo ao mesmo tempo (A e não-A). Tampouco conseguiria a norma incorporar dois nexos de causalidade distintos (um real e outro hipotético) para a averiguação do resultado.

Entende Kaufmann que a essência da diferença entre estes dois grupos de delitos não está na sua estrutura dogmática, mas nas suas referências axiológicas. Assim, só pode haver garante por equiparação quando esta decorrer de um mandato tipificado.

⁶⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁶⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 33.

⁶⁰⁹ Isto por entender que a infração de um dever de atuar decorre necessariamente de um dever de atuar: “La infracción de mandatos especiales de impedir el resultado no encaja en un tipo de prohibición, sino que realiza un tipo de mandato específico”. (*Idem, ibidem*, p. 281).

⁶¹⁰ *Idem, ibidem* pp. 36-42.

⁶¹¹ Isto pois o autor, conforme menciona Roxin, esteve sempre voltado às questões metajurídicas, como a liberdade da vontade ou o determinismo, a culpabilidade pelo caráter ou pelo fato, a retribuição e a dignidade humana. Claus Roxin. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981, pp. 147-148.

Esta diferenciação será importante, no desenvolvimento da teoria do delito, para a normatização dos tipos específicos de omissão, identificando com clareza a figura do garante. O autor refere-se, ainda, à necessidade de que o comportamento humano, que pauta a conduta omissiva, seja avaliado sob uma perspectiva lógico-objetiva.

Dentro desta perspectiva lógico-objetiva deve existir uma coordenação necessária⁶¹² entre a ação e a vontade do resultado.

Para o pensador alemão, portanto, uma vez estabelecido o dever normativo de garantia, omite aquele que não realiza uma ação final, apesar de ter a capacidade de ação, e para tanto exige requisitos intelectuais para capacidade de ação.⁶¹³

Sendo assim, os delitos de omissão imprópria residem na condição do garante, na posição especial do sujeito do mandado, da qual derivam a relação de garantia entre o bem jurídico e o obrigado.

O que diferencia o garante dos delitos omissivos próprios do garante dos omissivos impróprios é a relação muito próxima do sujeito do mandado da norma com o bem jurídico protegido que, por conta do conteúdo do injusto e da culpabilidade do autor, justifica a equiparação da omissão de impedir o resultado com a própria execução do resultado.⁶¹⁴

Segundo Munhoz Netto, o dever de garantia cria normas preceptivas, ao lado das normas proibitivas, ambas estatuídas para a preservação do bem jurídico comum e, ao mandamento de não causar o resultado, junta-se o comando de evitá-lo.⁶¹⁵

Em complemento, Tavares entende que o *dever de agir* pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado *dever geral de assistência*). Este dever geral também pode ser visto como o dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima. Ou ainda pode decorrer do vínculo entre o sujeito e a fonte produtora de perigo.⁶¹⁶

⁶¹² Armin Kaufmann. *Op. cit.*, p. 38.

⁶¹³ Jesus Maria Silva Sanchez. *Op. cit.*, p. 43.

⁶¹⁴ Armin Kaufmann. *Op. cit.*, p. 283.

⁶¹⁵ Alcides Munhoz Netto. *Op. cit.*, p. 18.

⁶¹⁶ Juarez Tavares, *Op. cit.*, p. 137.

Desse modo, transforma-se o sujeito em garantidor do bem jurídico protegido pela norma, seja com relação àquela pessoa determinada pela lei, ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado *dever de impedir o resultado*).⁶¹⁷

Para Bacigalupo, os pressupostos da existência dos deveres de garantia são a proximidade do garante com o sujeito portador dos bens jurídicos tutelados, a capacidade final e intelectual e a possibilidade física de evitar o resultado, e o conhecimento dos deveres por parte do garante.⁶¹⁸

7.6.2. Crítica à positivação de todas as fontes de garantia

A positivação expressa de algumas situações que transformam um sujeito em garante, conforme indicado por Paschoal, pode representar um maior respeito ao princípio da legalidade, limitando as hipóteses em que seja possível a punição por omissão, mas pode também, na crítica de Silva Sanchez suscitada pela autora, transformar a possibilidade em necessidade de punição.⁶¹⁹ Esta, no entanto, posiciona-se pela positividade da codificação das hipóteses de garantia, tendo-se em vista que, dentro de um contexto global de ampliação da responsabilidade por omissão, todos os meios de se restringir esta responsabilidade parecem válidos.⁶²⁰

Schünemann compartilha do receio de que a normatização de todas as hipóteses possíveis do dever de garantia levem à interpretação jurisprudencial de necessidade de punição, sempre que houver um dever prévio de agir não cumprido, e chama atenção para o fato de que nem tudo o que é antijurídico é, por isso, punível, e que nem tudo que está previsto como um dever de agir merecerá punição quando não cumprido pelo sujeito.⁶²¹

Justamente por este motivo, Schünemann adverte para a importância de que alguns princípios básicos do direito penal sejam considerados no momento de atribuição da responsabilidade por infração do dever, com especial ênfase ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Protesta, também, pelo rigor da aplicação do princípio

⁶¹⁷ Juarez Tavares, *Op. cit.*, p. 137.

⁶¹⁸ Enrique Bacigalupo. *Op. cit.*, p. 128.

⁶¹⁹ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 45.

⁶²⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

⁶²¹ Bernd Schünemann. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 270.

ao enfatizar que “*las acciones (o, aquí, omisiones) que están permitidas según el ordenamiento jurídico especial no pueden castigarse como delitos de omisión impropia*”.⁶²²

Por fim, vale ainda mencionar a posição inovadora de Silva Sanchez, que concebe os delitos de omissão imprópria a partir de uma divisão tríplice dos deveres de garantia, seguida também por Rodriguez Mourullo. Para este entendimento, existiriam omissões puras gerais, omissões de garantia, e comissão por omissão, sob os esforços, mencionados pelo autor, de situar-se entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, bem como de distinguir entre os diversos graus de solidariedade e reprovabilidade do fato.⁶²³

7.6.3. *Garantidor em razão de lei e do contrato*

A lei e o contrato como fontes do dever de garantia remontam às teses do positivismo jurídico alemão, sustentadas sobretudo por Feuerbach, que elegiam estes como bases para o dever de agir.

A exigência positivista de uma lei ou contrato válido para fundamentarem o papel do garante pode ser bem compreendida analisando-se o pano de fundo sob o qual esta escola se erige – o extremo arbítrio judicial –, daí seus esforços em buscarem soluções capazes de conferir alto grau de certeza e segurança do direito, oriundos de deveres exclusivamente jurídicos.⁶²⁴

A exclusividade da lei e do contrato como substrato do dever de garantia, no entanto, são superados no início do século XX e esta teoria formal do dever jurídico encontra-se “em quase toda parte, doutrinal e jurisprudencialmente abandonada”.⁶²⁵

Segundo Tavares, a tripartição dos grupos de garantia remonta à Mezger, em formulação datada dos anos 30 que, à semelhança do Código Penal Brasileiro, associa o

⁶²² *Idem*, p. 269.

⁶²³ Assim afirma: “Existen, por un lado, delitos de omisión idénticos a la comisión activa (para los que habría que reservar la terminología de comisión por omisión o omisión impropia). Estos se asientan en la idea de responsabilidad por organización o, en otros términos, dominio del riesgo. En el otro extremo, existen delitos de solidaridad mínima. En fin, en el nivel medio, existen delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa, que se basan en la responsabilidad por la infracción de deberes de solidaridad cualificada (derivados de instituciones concretas)”. (*Op. cit.*, p. 477).

⁶²⁴ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 935.

⁶²⁵ *Idem, ibidem*, p. 935.

dever especial de cuidado, proteção ou vigilância à existência lei, ou associa ao contrato a assunção de responsabilidade para impedir um resultado.⁶²⁶

Dias indica a lei e o contrato como fontes principais dos deveres de garantia, com a ressalva, entretanto, de que nem sempre uma lei ou um contrato serão suficientes para gerar a responsabilidade por omissão. Nesse sentido, entende que uma lei extrapenal não poderá, sem maiores intermediações, fundamentar sempre o dever de agir, nem tampouco o contrato teria o condão de fundar sempre a posição de garante. Assim, exemplifica, a babá que falta ao trabalho não é responsável pelo que ocorrer com a criança neste dia, nem tampouco o atraso na chegada dos pais, estendendo seu turno para além do contratado, a desobriga de cuidar da criança.⁶²⁷

Para Bacigalupo, a teoria das fontes do dever pressupõe a possibilidade de distinguir entre os conteúdos dos delitos omissivos próprios e impróprios, e diferenciar estes últimos com mandados de ação genéricos pois, segundo o autor, nem todo mandado de ação equivale diretamente a comissão.⁶²⁸

Alerta para a necessária proximidade do autor com o bem jurídico, para que determinado mandado de ação, ainda que típico, seja completo de sentido, e enfatiza que “en la teoría de la posición de garante no importa la fuente del deber de evitar un resultado, sino la mayor o menor estrechez em que el autor se encuentre con el bien jurídico”.⁶²⁹

Dessa forma, sustenta que a fonte do dever de garantia não é somente normativa, mas também axiológica, preenchendo o sentido da norma através da posição de proximidade com o bem jurídico em que o autor se encontrar, mas além de proximidade com o bem jurídico, exige a proximidade do garante com o sujeito titular do bem.

Assim, Bacigalupo conclui que as fontes normativas são primeiro pressuposto de existência dos deveres de garantia, mas sozinhas não são o suficiente para a atribuição

⁶²⁶ Juarez Tavares. *Op. cit.*, p. 145.

⁶²⁷ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 936.

⁶²⁸ Enrique Bacigalupo. *Op. cit.*, p. 107.

⁶²⁹ Idem, ibidem, p. 109. O autor adverte que sua posição é contrária à de Kauffmann, para quem o critério de proximidade com o bem jurídico não é capaz de diferenciar os delitos omissivos impróprios dos próprios, e por isso não seria um critério adequado.

de responsabilidade, sozinhas “*no sean lo decisivo, sino la posición de quien infringe el deber com relación al bien jurídico protegido*”.⁶³⁰

Próximo a este ponto de vista está Paschoal, ao defender que a previsão legal de deveres de garantia não pode ser suficiente para a punição, nem pode representar uma equiparação automática, pois para a autora “o problema não é o responsabilizar por omissão, o problema é o fazer de forma automática”.⁶³¹

Schünemann também defende a necessidade de um complemento da lei, do contrato, e mesmo da ingerência, para justificar a punição da conduta omissiva por vislumbrar, na mesma esteira da autora, uma diferença axiológica entre o desvalor do fazer e do não fazer.⁶³²

No Brasil, a previsão de garantia decorrente de lei está prevista na fórmula genérica do artigo 13, § 2º do Código Penal, que na alínea *a* atribui o dever de garantir a quem “tenha por lei, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.”

O dever legal de proteção é previsto, a título de exemplo, em algumas normas federais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, especialmente nas regras de direito de família (dever de guarda e manutenção dos filhos pelos pais, dever de assistência entre cônjuges, e entre filhos e pais); nos deveres de proteção e vigilância policial, e nos deveres do Ministério Público em defender os direitos individuais indisponíveis, ambos previstos na Constituição Federal; nos deveres de proteção dos presos pelos agentes penitenciários, dirigentes e carcereiros, de zelarem pelo respeito aos direitos humanos, ou no do juiz da execução penal em vistoriar as prisões (conforme prevê a Lei de Execução Penal).⁶³³

Questão relevante a ser suscitada no tocante à lei como fonte do dever de garantia refere-se à categoria da norma, para que esta seja capaz de conferir responsabilidade penal ao omitente.

Para Sheila Bierrenbach, o dever de agir deve assentar-se em lei em sentido estrito, pois adotar-se outras fontes normativas representaria uma infração ao princípio da legalidade penal.⁶³⁴ Munhoz Netto compartilha do posicionamento da autora, defendendo

⁶³⁰ *Idem, ibidem*, p. 111/ p. 115.

⁶³¹ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 48.

⁶³² Bernd Schünemann. *Op. cit.*, p. 363.

⁶³³ Celso Delmanto, Roberto Delmanto et ali. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

⁶³⁴ Sheila de Albuquerque Bierrenbach. *Op. Cit.*, pp. 329-340.

que a única fonte das normas incriminadoras é a lei, que não pode jamais ser substituída pelo direito consuetudinário.⁶³⁵

Dias também insiste na necessidade da norma em sentido estrito para subordinar a omissão ao direito penal, e destaca para a impossibilidade de que posições morais venham a integrar a norma mandamental, pois segundo o autor “toda manifestação imposta de solidarismo tem que se apoiar em um claro vínculo jurídico”.⁶³⁶

Para Welzel, a norma em sentido estrito é menos relevante do que preceitos jurídicos, de onde podem-se extrair os deveres de garantia. Estes preceitos estariam contidos nas instituições jurídicas da família, casamento, paternidade, etc. Segundo o autor, os deveres especificamente descritos na lei “son sólo parte de un círculo de deberes más amplios que está detrás de ellos”.⁶³⁷ Contrariamente à Munhoz Netto, Jimenez de Asúa e Magalhães Noronha, na esteira do postulado por Welzel, admitem os costumes como fonte do dever de garantia.⁶³⁸

Sob outra perspectiva, alerta Lascuraín Sanchez para o perigo que a vinculação da conduta de garante à uma norma preexistente pode acarretar para o direito penal se o conteúdo destas normas também não for amplamente debatido socialmente, antes de que o dever que prescreve possa adentrar à seara do direito penal. Ressalta, nesse sentido, que toda conduta preexistente pode ser normatizada pela lei e transformar-se em dever de garantia, sem contudo contar com um substrato de lesividade suficiente.⁶³⁹

Críticas semelhantes são aventadas por Tavares, que menciona a incapacidade da lei, isoladamente, de prever todos os deveres de garantia pelo risco de que a norma deixe de prever casos relevantes, que conduzam a doutrina a desenvolver, paralelamente, outras formas de incriminação.⁶⁴⁰

Pelos motivos apontados acima, a doutrina mais próxima dos postulados do direito penal mínimo entende que estes deveres de garantia devam referir-se,

⁶³⁵ Segundo o autor, “não há motivos para não definir legislativamente as fontes do dever de evitar o resultado e para não limitar a punibilidade da omissão imprópria a determinados crimes”. Alcides Munhoz Netto. *Op. cit.*, pp. 21-22.

⁶³⁶ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 938.

⁶³⁷ Hans Welzel. *Derecho Penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 252.

⁶³⁸ Carmo Antônio de Souza. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 91.

⁶³⁹ Cf. Juan Antonio Lascuraín Sanchez. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002, p. 27.

⁶⁴⁰ O autor prossegue na crítica: “Diante disso, podemos desde logo perguntar se foi válido dispor acerca destas fontes no Código Penal. A doutrina ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão”. *Op. cit.*, p. 146.

especialmente, aos bens jurídicos mais valiosos para o convívio social, como a vida, a saúde, e a integridade física.⁶⁴¹

Mais especificamente acerca do dever de vigilância, temos presenciado o crescimento na jurisprudência de situações em que os pais são responsabilizados penalmente por atos infracionais cometidos pelos filhos, posição que toma corpo na jurisprudência alemã e passa, lentamente, a informar as decisões das cortes brasileiras.⁶⁴²

Daí corroborarmos com as críticas acima delineadas, acerca do risco da expansão das hipóteses de garantia criadas pela jurisprudência, ou até mesmo por uma norma de emergência, extrapolando os limites razoáveis das condutas que podem ser exigidas de um determinado grupo de sujeitos.

7.6.4. *De outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*

A assunção voluntária de uma situação perigosa também é considerada pela lei brasileira como uma fonte do dever de garantia (art. 13, § 2º, CP). Nesse sentido, muito se discute hoje se a administração de empreendimentos que representem fontes de perigo pode ser considerada uma modalidade de assumir voluntariamente o dever de cuidado.

Nesta hipótese, é desnecessária a existência de um contrato formal, mas esta exigência é substituída pela postura ativa daquele que se transforma em garantidor em assumir a responsabilidade pelo cuidado e proteção de determinado bem ou pessoa. O que importa, nesta modalidade de omissão, é que o sujeito se coloque voluntariamente em posição de garantia.⁶⁴³

Assim, a enfermeira que assume o turno de trabalho transforma-se em garante dos pacientes sob sua responsabilidade, e não poderá abandonar seu posto sem que suas funções sejam transferidas para outra pessoa com as mesmas qualificações. O mesmo se

⁶⁴¹ Cf. Sheila Bierrenbach (*Op. Cit.*, pp. 329-340.) e Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*

⁶⁴² Schünemann afirma que o Tribunal Superior Alemão nunca questionou o fato de que qualquer ação prévia baste para fundamentar uma posição de garantia. (*Op. cit.*, p. 359.

⁶⁴³ Cezar Roberto Bitencourt. *Teoria geral do delito, uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 112.

dá com a babá que se dispõe a cuidar de outra criança que não aquela para a qual foi contratada.

Sobre o exemplo acima, Costa Jr. entende tratar-se de uma hipótese, extensível à outras situações, de uma “gestão de negócios sem mandato”, sendo que a relação de dependência que se estabelece entre o garantidor e garantido, em virtude da confiança depositada na ação do primeiro, obriga-o a prolongar o prazo contratual fixado.⁶⁴⁴

Uma das situações características mencionadas pela doutrina como casos de assunção voluntária de responsabilidade é a chamada comunidade de perigo, ou comunidade de vida. A comunidade de vida decorre da convivência conjunta, entre cônjuges, familiares, amigos, etc., enquanto a comunidade de perigos é simbolizada tradicionalmente como os grupos de expedição ou de esportes perigosos, em que todos os participantes transformam-se em garantes do restante do grupo. Nestes casos, não é necessária a prévia assunção da responsabilidade, nem tampouco uma relação de dependência.⁶⁴⁵

Controvérsia ainda não solucionada pela doutrina é a hipótese suscitada por Dias, que, juntamente com Bacigalupo, posiciona-se pela existência do dever de garantia nas situações de monopólio de certos perigos.⁶⁴⁶

Uma pessoa que tenha possibilidade de agir, e seja a única pessoa presente diante da situação de perigo, e que não precise colocar-se a si em risco para evitar o dano, transforma-se em garante, como no exemplo de pessoa que ao passar por um parque, ou por uma piscina, vê uma criança a se afogar em uma pequena profundidade de água. Sendo a única a presenciar esta cena e com a possibilidade de, com um pequeno esforço, salvar a vida da criança, deteria dessa forma o monopólio das condições de garantia. Sua omissão, nesta hipótese, ensejaria a responsabilidade por homicídio cometido por omissão.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Paulo Jose da Costa Jr.. *Op. cit.*, p. 136.

⁶⁴⁵ Cf. Juan Antonio Lascuráin Sanchez. *Op. cit.*

⁶⁴⁶ Bacigalupo afirma que a amplitude dos bens jurídicos não está limitada pelo sujeito a que pertencem, ainda que o dever de defender seja restrito aos danos de determinada fonte, e finaliza: “en general, se admiten aquí los casos que derivan de una *posición monopólica* de cuidado de ciertas fuentes de peligro”. *Op. cit.*, p. 122.

⁶⁴⁷ Para Janaina Conceição Paschoal, o efeito exagerado desta posição poderia transformar o crime de omissão de socorro em “tipo de mero interesse histórico” (*Op. cit.*, p. 59).

7.6.5. *Garantidor em função do comportamento anterior*

O comportamento anterior que gera um resultado lesivo é uma das fontes do dever de garantia, previsto também no ordenamento brasileiro (art. 13, §2º, inciso c, do Código Penal) e representa a seara mais controversa da teoria dos delitos comissivos por omissão.

Segundo a tese da ingerência, nos delitos de omissão imprópria a atuação precedente que cria um perigo ao bem jurídico alheio converteria o agente em garante da não ocorrência do resultado. Em síntese, a ingerência “implicaria o dever de intervir para evitar um resultado consequente de uma ação anterior”.⁶⁴⁸

A ingerência, termo pelo qual se traduz o comportamento anterior que cria um risco ao bem jurídico, é uma das principais vias de ampliação dos casos de responsabilidade penal pela omissão.⁶⁴⁹ Essa ampliação é permitida, especialmente, através da dispensa de que a conduta anterior seja antijurídica, conforme sustentado por uma parcela da doutrina.⁶⁵⁰

Segundo Rodrigues Mourullo, o pensamento sobre a ingerência aparece pela primeira vez em Nagler, em 1938, e sempre esteve historicamente conectado à formulação dos delitos omissivos impróprios. O autor, bastante partidário deste modo de imputação de responsabilidade penal, critica a visão de alguns autores, refratária à ideia de ingerência,⁶⁵¹ por entender que a simplicidade da relação de imputação favorece uma interpretação mais justa das hipóteses de incremento do risco.⁶⁵²

7.6.6. *Ingerência em Günther Jakobs*

⁶⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 16.

⁶⁴⁹ Cf. Carlos Maria Romeo Casabona. “Límites de los delitos de comisión por omisión”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.7, vol. 2, 1994, pp. 28-42.

⁶⁵⁰ Janaina cita que esta é a posição de Silva Sanchez. *Op. cit.*

⁶⁵¹ Como é o caso de Hans-Heinrich Jeschek e Thomas Weigend (*Op. cit.*), bem como Bernd Schünemann (*Op. cit.*).

⁶⁵² O autor parece sequer aceitar as teses que advogam um complemento da ingerência para atribuição de responsabilidade penal: “Este esquema tan simple está siendo prácticamente abandonado por la mejor doctrina actual, que entiende que no basta para que surja un deber de garantía la mera causación previa de un peligro. No faltan autores en la literatura más reciente que llegan a sostener la tesis radical de que un actuar precedente no puede derivar en ningún caso un deber de garantía”. (Gonzalo Rodríguez Mourullo. “El delito de omisión de auxilio a víctima”. In: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, série 1, n. 3, 1973, p. 512).

A doutrina tradicionalmente inicia a conceituação das condutas omissas a partir da equivalência entre ações e omissões, estendendo a este grupo alguns dos pressupostos dos delitos de ação, como a ocorrência de um resultado previsto na norma e algumas garantias na imputação penal.

Günther Jakobs, por sua vez, inverte este raciocínio transportando a racionalidade dos delitos omissivos para as condutas de ação. Assim, a figura do garante, que é um elemento característico dos delitos de omissão, passa a existir também no contexto das ações. Equipara-se as duas modalidades de conduta a partir da ideia geral de que há um âmbito de atuação do sujeito que o torna responsável pelas lesões aos bens jurídicos sob sua responsabilidade, independentemente de a referência normativa ser um tipo de ação ou de omissão.⁶⁵³

As funções de garantia nos casos de ação e omissão são diferidas pelo autor somente pela origem do comportamento, e pela especial posição do agente na sociedade. Assim, nos delitos comissivos, há uma relação de garantia entre os sujeitos.

Segundo Jakobs, a fonte jurídica formal é secundária na consideração dos delitos omissivos, pois para o autor “una ley no crea *ex nihilo* la posición de garante, sono que a lo sumo puede aclarar los límites de la responsabilidad por la organización de una institución”.⁶⁵⁴

Este modo de interpretar a posição de garantia, estendendo o dever de proteção para além das hipóteses tradicionais que fundamentam o dever de agir mediante a ameaça de pena, decorre da atribuição de responsabilidades de todos os cidadãos, transformando-os a todos em garantes.

Há um dever de garantia nos delitos comissivos decorrente dos deveres em virtude de responsabilidade por organização, ao passo que o dever de garantia nos delitos omissivos origina-se nos deveres em virtude de responsabilidade institucional. Conforme sustenta o autor, o fundamento da responsabilidade.⁶⁵⁵

⁶⁵³ Cf. Günther Jakobs. *Op. cit.*

⁶⁵⁴ Günther Jakobs. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 971.

⁶⁵⁵ “Se trata, por una parte, paralelamente a los delitos de dominio por comisión, de la responsabilidad por la configuración de un ámbito de organización y, por otra, paralelamente a los delitos de infracción de deber por comisión, de deberes de llevar a cabo determinada prestación sobre otro. Consiguientemente, los deberes de garante del primer grupo se llaman deberes en virtud de responsabilidad por organización, y los del segundo grupo deberes en virtud de responsabilidad institucional” *Idem, Ibidem*.

Vale destacar aqui que o dever em virtude de responsabilidade institucional refere-se a todo o sistema desenvolvido por Jakobs ao longo de sua obra, que concebe o direito como um conjunto de normas destinada a assegurar a proteção de organizações sociais, de modo que as próprias normas são vistas como instituições, como mecanismos de preservação da existência ou da produção de bens jurídicos.⁶⁵⁶

Nesse sentido, exemplifica Jakobs, a conduta de um fiscal que não realize a correta tramitação de uma ata, com a consequência de que prescreve algo, lesiona a administração da justiça somente no sentido de que não o executou, infringindo um dever, diferentemente do que ocorre com um sujeito obrigado por ingerência que não evite que um bem já existente seja perdido.⁶⁵⁷

A tese de Jakobs é bem claramente definida por Paschoal, ao interpretar que, para o autor, quer seja o delito omissivo ou comissivo, há sempre a frustração de uma expectativa social juridicamente garantida, e a responsabilidade por ingerência decorre das escolhas de vida realizadas por cada cidadão (sejam elas lícitas ou ilícitas).⁶⁵⁸

7.6.7. Tomada de postura

Ao mencionar que o dever de agir “incumbe a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”, prevê o artigo 13, § 2º, alínea *c*, do Código Penal brasileiro exatamente a possibilidade de garantia pela ingerência, acima descrita.

Paschoal discorre sobre os perigos representados pela aplicação do conceito de ingerência, de considerar toda conduta omissiva um delito, independentemente de a conduta anterior ter sido dolosa ou culposa, quando muitos casos interpretados como omissão são, na verdade, condutas culposas. Segundo sustenta, prescindir da figura do garantidor, permitindo uma equiparação absoluta da ação e da omissão, e atribuir responsabilidade pela escolha da forma (organização) de vida, significa consagrar a

“Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”. In: Gunther Jakobs; Miguel Polaino Navarrete; Miguel Polaino-Orts. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Peru: Ara Editores, 2010, p. 26.

⁶⁵⁷ *Idem*, *ibidem*. pp. 26-27.

⁶⁵⁸ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 106.

responsabilidade penal objetiva. É mais do que o *versari in re illicita*. É a volta do direito penal do autor. No limite, está-se diante de uma unificação entre Direito Civil e Penal.⁶⁵⁹

E a autora não está isolada nestas considerações, que também partem de diversos autores da doutrina nacional e internacional, sempre com os olhos voltados para o perigo de que a idéia de ingerência acabe por fundamentar a punição por toda e qualquer omissão, seja ela prevista em lei ou não, ao arbítrio do julgador. E justamente pelos riscos indicados acima, de ampliação exacerbada dos deveres de garantia, que uma parcela da doutrina pugna pela delimitação, o mais precisa possível, das hipóteses de atribuição de garantia, com vistas a limitar ao máximo as possibilidades de responsabilidade por ingerência.

Mesmo os autores que concordam com o princípio geral da idéia de ingerência preocupam-se com os exagero incriminador que esta forma de responsabilidade pode acarretar, quando aplicada sem orientação jurisprudencial firme, ou sem uma previsão legal.

Nesse sentido, Dias diz compreender e aceitar o fundamento em que a idéia repousa: “quem domina uma fonte de riscos determináveis dentro de um âmbito de actuação objetivável deve actuar no sentido do afastamento ou da minimização dos perigos que daquela resultam [...]. Mas já se não vê que deste fundamento resultem como deviam, do mesmo passo, os **limites** do âmbito de actuação do princípio”.⁶⁶⁰

Sendo assim, a principal solução elucidada pela doutrina, com a qual nos filiamos, advoga pela taxatividade de todas as hipóteses de dever de garantia, a fim de se preservar o princípio da legalidade e impedir a inovação jurisprudencial incriminadora que, ao deparar-se com casos incomuns, busque soluções fora do direito penal e acabe por ultrapassar os patamares de intervenção mínima do direito penal.

Com o mesmo fundamento, conclui Tavares que a solução mais coerente com o princípio da legalidade, apesar das imperfeições, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, de crimes que comportassem a punição pela omissão. Ressalva, porém, por tratar-se de um empreendimento que “só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria na criação de nova tipificação de condutas, devemos por ora combinar o conteúdo desses fundamentos que sustentam a posição de garantidor com as exigências

⁶⁵⁹ *Idem, ibidem*. p. 53.

⁶⁶⁰ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 947.

formais inseridas no art. 13, §2º, no sentido de que só terão validade se se encontrarem amparados na lei [...]”.⁶⁶¹

Observe que outra não era a indicação de Munhoz Netto,⁶⁶² desde o momento em que se discutia a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, sob o argumento mais preciso da necessidade de segurança jurídica.⁶⁶³

E, nesse contexto, subscrevemos integralmente o posicionamento de Paschoal, acerca da necessidade de reforma do artigo 13, §2º, do Código Penal a fim de restringi-lo.

A autora defende que a lei preveja, na alínea *a*, o dever de garantia originário de lei, com a supressão do termo vigilância, uma vez que este termo pode dar aso à punição daquele garante que não evitou a conduta do garantido. Postula ainda pela supressão das alíneas *b* e *c* do artigo, pois as expressões “de outra forma” assumiu a responsabilidade pelo resultado e “com seu comportamento anterior criou o risco do resultado” ampliam demasiadamente as hipóteses de punição do não fazer. No tocante à alínea *c* aduz a autora que “deve ser retirada do Código”.⁶⁶⁴

7.7. A questão da participação por omissão

7.7.1. *O problema da infração do dever para justificar a intervenção punível*

A questão da participação por omissão, assim como o tratamento dos delitos omissivos, também não é pacífica na doutrina. Isto porque, de acordo com o tradicional tratamento deste grupo de delitos, o garantidor somente pode figurar como autor de um

⁶⁶¹ Juarez Tavares. *Op. cit.* p. 147.

⁶⁶² Informa Carmo Antonio de Souza que esta posição é corroborada também por Francisco Alberdi, Novoa Monreal e Paulo Jose da Costa Jr. *Op. cit.*, p. 92 e ss.

⁶⁶³ Assim sustentou: “Em termos de segurança jurídica, muito se lucraria limitando-se, legislativamente, a punibilidade das omissões impróprias, mediante a introdução, na Parte Geral, dos códigos penais, de cláusula de que a omissão imprópria só será punida em casos expressos e, mediante ainda a cominação, na Parte Especial, de pena destinada à hipótese de ser o crime comissivo praticado por omissão.”. *Op. cit.*, p. 25).

⁶⁶⁴ Janaina Conceição Paschoal. *Op. cit.*, p. 175.

delito omissivo (próprio ou impróprio), e sua conduta não poderia estar vinculada à realização de qualquer outra iniciativa criminosa⁶⁶⁵.

A possibilidade de participação por omissão depende, portanto, da concepção de delitos omissivos que se adote. Ao considerarmos a equivalência entre a ação e omissão, não haveria problema em se reconhecer esta possibilidade. As dificuldades se apresentam, no entanto, ao analisarmos a participação por omissão a partir dos pressupostos das teorias diferenciadoras, como veremos adiante.

Este posicionamento encontra sua origem no sistema de delitos omissivos desenvolvido por Kaufmann, que entendia que aquele que se omite de praticar uma ação da norma mandamental pode configurar-se apenas como autor da omissão. O que é possível, para Kaufmann, é a participação ativa em um delito omissivo, mas não o contrário, ou seja, não há participação omissiva em um delito de ação. O autor, entretanto, parece reconhecer a possibilidade de participação por omissão no caso especial dos delitos de mão própria, por razões de política criminal, por entender que existe um paralelismo entre a participação ativa e omissiva neste grupo específico de delitos.⁶⁶⁶

A autoria por infração de um dever, inspirada nas lições de Kaufmann, restringe a incriminação do omitente à possibilidade de autoria, afastando a participação por omissão. Conforme mencionado acima, segundo esta corrente, os crimes omissivos respondem a um princípio exclusivamente normativo e, portanto, a infração de um dever já corresponde à autoria do delito omissivo.⁶⁶⁷ Assim, diferentemente da teoria diferenciadora, para a teoria da omissão como infração de dever a possibilidade de participação por omissão independe do tipo de bem jurídico cuja lesão o garante deveria evitar.

A teoria de Kaufmann, assim como a de Roxin,⁶⁶⁸ prevê apenas duas exceções, nas quais existe a possibilidade de participação por omissão. A primeira delas representa as hipóteses mais comuns e debatidas pela doutrina, referente aos casos de

⁶⁶⁵ Sobre o tema, entre outros, consultar o trabalho específico de MENEZES, Luzia de Fátima Ragazini Azevedo. ALMEIDA, André Vinícius Espírito Santo de. *Erro e concurso de pessoas no direito penal*. São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

⁶⁶⁶ Armin Kaufmann. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 304 e ss.

⁶⁶⁷ *Idem, ibidem*.

⁶⁶⁸ Claus Roxin. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2007, pp. 463 e ss.

delitos de mão própria. Neste grupo de crimes, e também nos casos de delitos executados por meios determinados, como a apropriação indébita, é permitido ao omitente figurar como partícipe. Essa permissão decorre da impossibilidade de um sujeito figurar como autor por omissão quando não reunir os requisitos especiais de autoria previstos no tipo.

Roxin elaborou pioneiramente a noção de infração de dever para a intervenção no delito, tendo em mente os casos de delitos de mão própria, quando o autor especial se afastava do cometimento do delito, mas interferia neste diretamente através do auxílio a outro agente para a realização do fato, no contexto da teoria do domínio do fato.

A mais evidente hipótese desta teoria é apresentada pelos crimes contra a administração pública, quando o *intraneus* não participa diretamente do delito, e por isso não detém o domínio do fato, mas induz o *extraneus* a executar o crime. Nesse caso, diante da impossibilidade de punição do *intraneus* pelo crime próprio, e em outros casos semelhantes, por meio da teoria do domínio do fato o autor passou a formular uma nova hipótese de imputação, dirigida ao interveniente, chamada de responsabilidade institucional.⁶⁶⁹

Segundo esta teoria, é possível punir o *intraneus* pela sua responsabilidade de agir positivamente de modo a proteger o bem jurídico sob sua tutela, ou seja, porque este deve atuar de acordo com seus deveres institucionais, que são positivos, no sentido de evitar um resultado lesivo, e não meramente negativos, restrito a proibição de dano. Assim, a idéia subjacente à imputação de responsabilidade institucional é que algumas instituições recebem uma proteção muito mais intensa do que o restante dos objetos de proteção jurídico penais, no que Jakobs denomina “responsabilidade institucional”.⁶⁷⁰

Alguns bens jurídicos teriam tamanha relevância social que aqueles incumbidos de sua proteção teriam ampliada sua esfera de atuação contratual ou funcional, de modo a exigir uma postura mais proativa dos responsáveis pela sua preservação.

Dessa forma, Roxin entende que todo aquele que deve agir para evitar um resultado, na posição de garante, e não o faz, é considerado autor de um delito de comissão por omissão,⁶⁷¹ de modo que se poderia imputar, por exemplo, um fiscal

⁶⁶⁹ *Idem, ibídem*, pp. 470 e ss.

⁶⁷⁰ Gunther Jakobs; Miguel Polaino Navarrete; Miguel Polaino-Orts. *Op. Cit.*

⁶⁷¹ Ver também: Nilo Batista. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171: “a participação por omissão em delitos comissivos dolosos é equacionada pela doutrina brasileira com

público por ter deixado de autuar uma infração tributária, quando tivesse as informações para fazê-lo, ou por ter realizado lançamento errôneo, pela infração de um dever funcional, ou ainda um policial militar que, podendo evitar um crime, deixa de fazê-lo.⁶⁷²

Santiago Mir Puig⁶⁷³ corrobora a posição de Roxin ao negar a possibilidade de participação através de uma conduta omissiva, por entender que aquele que deixa de praticar uma ação não desencadeia nenhum curso de lesão ao bem jurídico. Enrique Bacigalupo, no mesmo sentido, entende que permitir a punição do garante como partícipe é extrapolar os limites do princípio da legalidade.⁶⁷⁴

A diferença principal entre os delitos de intervenção, quando há infração de um dever, e os delitos comissivos por omissão reside no elemento subjetivo do interveniente em participar de um delito alheio, “aparece la conducta (activa) de un tercero *autorresponsable*”,⁶⁷⁵ enquanto nos casos de comissão por omissão a responsabilidade reside na própria vontade do garante. Ademais, os contornos da ação dos intervenientes e autores omissos são diversos, visto que há de se falar em intervenção por infração de dever especialmente nas esferas organizacionais, nas quais o agente deve vigiar o campo de liberdade de terceiros.

7.7.2. *Da possibilidade de participação por omissão*

Apesar das dificuldades conceituais de se estabelecer parâmetros claros sobre a participação por omissão, este é um problema contemporâneo importante para a aplicação do direito e independentemente das soluções propostas pela doutrina tem chegado aos tribunais e exigido uma solução mais premente. A participação por omissão, dessa forma, vem encontrando acolhida nas construções jurisprudenciais e desenvolvendo-se concomitantemente ao tratamento dos delitos omissivos.

A necessidade em reconhecer a participação por omissão surge na jurisprudência pelo inconveniente em se punir determinadas condutas omissivas de

subordinação aos esquemas da omissão imprópria. Para Damásio E. 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’ [...] Com base no dever jurídico é que se faz a distinção entre participação por omissão e impunível convivência”.

⁶⁷² Claus Roxin. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”. In: *Revista penal*, n. 2, 1998, pp. 61-65.

⁶⁷³ Santiago Mir Puig. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: PPU, 1995.

⁶⁷⁴ Enrique Bacigalupo. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

⁶⁷⁵ Ricardo Robles Planas. Op. cit., p. 61.

menor gravidade, relacionadas à participação em um delito, com as graves penas previstas para os casos de autoria.⁶⁷⁶

Aliás, chama-nos muito a atenção o fato de que os autores que se dedicam, atualmente, a entender os crimes omissivos impróprios e a propor alternativas viáveis para a sua restrição tenham sempre argumentos de “justiça”,⁶⁷⁷ bom senso, do razoável da punição, sem que, ao fim e ao cabo, essas aspirações sejam traduzidas num instrumental jurídico que faça jus a estas críticas. O que se nota é uma dificuldade da teoria do Direito encontrar os instrumentos técnicos adequados (a definição das fronteiras do conceito de garante e dos crimes omissivos impróprios) para traduzir este apelo de razoabilidade feito pela doutrina mais restritiva do direito penal.

Como já mencionado acima, são três os principais requisitos levantados pela jurisprudência para considerar a acessoriedade de uma conduta omissiva: o elemento objetivo, segundo o qual a omissão é condição para o resultado típico; o elemento subjetivo, que consiste na vontade de cooperar causalmente ao resultado ou facilitar sua realização; e por fim o elemento normativo, que configure o agente como garantidor e que acaba por conferir o sentido jurídico da omissão.⁶⁷⁸

Desde já, vale salientar que a jurisprudência espanhola somente admite a participação por omissão nos casos em que o omitente figure na posição de garante, *normativamente definido*, a fim de que seja preservado o princípio da legalidade. A figura do garante decorrente de lei, neste caso, é indispensável para que se possa cogitar da participação omissiva, sendo que fora desta hipótese há a recusa da jurisprudência em reconhecer a necessidade de agir para evitar o resultado.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 36.

⁶⁷⁷ “No parece justo el que se le atribuya a alguien un deber especialmente reforzado de actuación”. Juan Antonio Lascuraín Sánchez. *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁷⁸ Os casos mais comuns de reconhecimento da participação por omissão, na Corte Superior Espanhola, são aqueles em que um comportamento prévio de algum modo contribui para colocar em perigo a vítima, sem que posteriormente se atue para evitar um resultado lesivo, e especialmente os casos de pais que não impeçam que o cônjuge ou companheiro de fato pratique algum tipo de delito contra menor de idade que com eles habite. (Cf. Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, pp. 38-39). Na jurisprudência brasileira, Janaina Conceição Paschoal comenta as punições da mãe que deixa de denunciar padrasto que abusa sexualmente da filha. (*Op. cit.*). Caminho semelhante trilha a jurisprudência argentina que no julgado nº 39.483 da Câmara Superior, condenou a mãe que permitia que seu filho, menor de idade, abusasse sexualmente de outra criança deixada sob sua guarda, por facilitação de corrupção de menores.

(Disponível em <http://abogadopoblete.blogspot.com/2010/06/caso-de-participacion-por-omision.html>. Acesso em 17.10.2011.)

⁶⁷⁹ Especialmente no tocante aos delitos de omissão praticados pelos pais que não impedem a prática de delitos contra os filhos ou menores sob sua guarda, Planas informa a tendência do Tribunal Espanhol em deixar de considerá-los participação por omissão e passar a classificar a conduta destes pais como comissivas

7.7.3. *A participação por omissão segundo a teoria do domínio do fato*

Para os partidários da teoria do domínio do fato na interpretação da omissão, será considerado garante, capaz de figurar como partícipe, sempre que entre a sua omissão e a produção de um resultado exista a ação autorresponsável de um terceiro.⁶⁸⁰ Quando o resultado for produzido exclusivamente pela omissão, então se está diante da autoria omissiva. Porém, ao tomar conhecimento da ação em curso, existindo a possibilidade de impedir o resultado, o garante passa a atuar como cúmplice do delito em execução. Para que seja possível a participação, no entanto, é necessário que aquele que age não tenha perdido o domínio do fato no curso do delito. Alguns autores, como Luzón Pena, exigem ainda alguns elementos normativos para complementar esta posição, como a necessidade do incremento do risco.⁶⁸¹

Para Roxin, no entanto, o que determina uma omissão é a infração de um dever. A configuração do delito omissivo é independente do domínio do fato e, além deste motivo, identifica que o critério de domínio do fato é mais adequado para os casos de definição de autoria, não para inferir a participação omissiva. Roxin vê como problemática a teoria do domínio do fato para os casos de participação omissiva, pois a omissão não estaria sujeita aos seus métodos.⁶⁸²

Stratenwerth, entretanto, defende a possibilidade de participação por omissão, e considera que o omitente será considerado partícipe, em geral, quando houver um elemento subjetivo especial e quando o fato de que se trata for um delito de comissão levado a cabo com domínio de fato, de forma a trasladar o domínio do fato para a omissão também. Afora estas hipóteses, admite a participação por omissão também nos casos de delitos especiais ou de mão própria mencionados por Roxin.⁶⁸³

por omissão, do mesmo delito praticado pelo autor do delito contra a criança. (*Op. cit.*, p. 43.) Janaina Conceição Paschoal informa a mesma tendência nos julgados brasileiros. (*Op. cit.*).

⁶⁸⁰ “Junto al autor que despliega el dominio del hecho en el delito doloso de comisión, a todo garante que no impida el resultado no le queda sino el papel de cómplice”. Gallas, *apud* Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 50.

⁶⁸¹ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁸² Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 385 e ss.

⁶⁸³ Guillermo Portilla Contreras. “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”. In: José Cerezo Mir *et alli*. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Granada: Comares, 1999, p. 456.

Sendo assim, uma das principais transformações trazidas pela teoria da infração do dever reside no fato de que quem, nos delitos de domínio, é considerado partícipe, nos delitos de infração do dever passa a ser considerado partícipe.⁶⁸⁴

7.7.4. *A participação por omissão segundo a teoria diferenciadora*

Esta teoria diferencia entre as categorias de garantes que possuem a função de proteger um bem jurídico e aqueles cuja função é de controle de uma fonte de perigo. Dentro dos garantes do primeiro grupo, existe uma diferença de tratamento a depender do bem jurídico a que sua proteção se destina: no caso de dever de evitar o acesso a certos bens, como armas de fogo, por exemplo, o garante somente poderá ser partícipe no caso de o objeto o qual deveria manter sob sua guarda seja usado para o cometimento de um delito. Já nas hipóteses de garante de bens jurídicos mais relevantes, como a vida, a integridade física de uma criança etc. a omissão em nenhum caso será considerada participação, senão autoria por omissão.⁶⁸⁵

No contexto da teoria diferenciadora, somente uma parte dos delitos omissivos constituem delitos de infração de dever, e deve-se ter em conta a qualidade e conteúdo do dever que o omitente lesiona ao deixar de agir para evitar o resultado.⁶⁸⁶

Roxin faz somente uma outra exceção, além da referente aos requisitos especiais de autoria (delitos de mão própria), que abre espaço para que a omissão seja forma de participação no delito de terceiros, remetendo à hipótese – remota, segundo o próprio autor – de o papel do garante ser o de evitar a participação, daquele que está sob sua responsabilidade, no delito de um terceiro. Nesse caso, o pai que, sabendo das intenções do filho de participar de um delito em coautoria, deixa de agir para evitar a ação do filho, poderia figurar como partícipe das ações deste terceiro. A exceção remete, assim, para os casos em que o papel de garante esteja vinculado à impedir a ação de cumplicidade de alguém sob o qual existe um dever de proteção e vigilância.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Rafael Berruezo. *Delitos de dominio y de infracción de deber*. Buenos Aires/Montevidéo: Euros, B de F, 2009, p. 393.

⁶⁸⁵ Ricardo Robles Planas informa que esta tese é mais desenvolvida por Schünemann e Herzberg. *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁸⁶ Guillermo Portilla Contreras. *Op. cit.*, p. 458.

⁶⁸⁷ Ricardo Robles Planas informa que esta segunda exceção é concebida por Roxin na edição atualizada da parte II de seu manual, ainda sem tradução da língua alemã. *Op. cit.*, p. 53.

Para Silva Sanchez, as conclusões sobre a participação por omissão são semelhantes às de Roxin, porém por motivos distintos. Sanchez não entende que haja um dever de evitar um resultado, mas analisa as omissões sob a perspectiva da estrutura dos próprios delitos omissivos. Para o autor, existe uma identidade normativa entre as condutas ativas e as omissivas, que permite comparar estas formas delitivas a partir da realização do núcleo do tipo, com ênfase nos tipos da Parte Especial.

Assim, quem está incumbido de zelar por determinado bem jurídico somente pode responder por autoria, ainda que sua omissão integre o delito de um terceiro de modo a facilitar o resultado, ou seja, haverá autoria quando houver identidade estrutural entre ação e omissão, e haverá participação quando o tipo exigir elementos especiais não possuídos pelo omitente, ou quando o omitente atuar com partícipe nas modalidades de indução, cooperação necessária ou cumplicidade.⁶⁸⁸

Sanchez admite, contudo, a possibilidade de haver omissão a título de participação nas mesmas hipóteses em que a concebe Roxin: quando faltarem ao omitente os elementos subjetivos para configuração da autoria, ou quando a finalidade da omissão é, desde o início, participar do delito alheio, ou seja, quando o não impedimento do delito seja um ato de cumplicidade para que se alcance o resultado.⁶⁸⁹

Para Robles Planas, a possibilidade de participação por omissão está referida à desaprovação típica da conduta omissiva e nada tem a ver com o domínio do fato pelo omitente, mas sim das fronteiras da liberdade para o exercício de determinados direitos que, automaticamente, vinculam maiores deveres de proteção e cuidado. E mais, para que uma omissão possa estar conectada a outro delito, de modo suficiente a caracterizar a participação pela via omissiva (equivalente à participação ativa), é inafastável, para o autor, a condição de que terceiros autorresponsáveis conectem a omissão com a comissão de um delito, e quando a própria ação de terceiros se lhe apresente ao omitente como parte de um curso causal delitivo.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Para Maria Jose Rodriguez Mesa, a dificuldade da doutrina alemã em estabelecer consensos acerca do tema advém das interpretações restritivas acerca da equivalência entre ação e omissão. Aqueles que entendem que a omissão é normativa, só admitem a omissão como forma de autoria; de outro modo, os partidários da teoria do domínio do fato acabam forçados a admitir o omitente como partícipe e, por fim, parte da doutrina adota uma teoria mista, segundo a qual haverá autoria quando a omissão tiver relação especial com o bem jurídico, e participação por omissão quando o garante possibilita a lesão por um autor. “Autoría u participación en comisión por omisión”. In: *Revista de derecho penal*, n. 1, 2006, pp. 179-219.

⁶⁸⁹ Jesús Maria Silva Sánchez. *Op. cit.*

⁶⁹⁰ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 62.

Assim, em síntese, para Robles Planas, a responsabilidade pela participação por omissão pode resumir-se a três grupos casos principais, de acordo com a origem do perigo que o omitente deveria prevenir e a relação com a conduta delitiva de um terceiro: o controle dos perigos que atuam no próprio âmbito de organização que possa chegar a integrar o projeto delitivo de terceiros; o controle de determinadas condutas perigosas de terceiros; e o controle de determinados perigos provenientes de terceiros para certas pessoas.⁶⁹¹

Uma parcela da doutrina que se posiciona favoravelmente à participação por omissão na conduta de um terceiro fundamenta-se, entretanto, em motivos diversos daqueles até aqui apresentados. As teorias acima delineadas pressupõe uma diferença entre ação e omissão, e desenvolvem hipóteses específicas, especialmente a partir do elemento subjetivo e do bem jurídico em questão, nas quais é possível que uma omissão seja punida a título de participação.⁶⁹² Os adeptos do chamado funcionalismo radical, representado tradicionalmente pelo pensamento de Jakobs, encontram o subsídio teórico da punição do omitente enquanto partícipe a partir da equiparação integral entre ação e omissão.⁶⁹³ Entendem, dessa forma, que há uma identidade estrutural entre os delitos comissivos e omissivos, e que todo o tipo de delito é, em algum grau, um delito de omissão, em não evitar um resultado, em não preservar um bem jurídico, expondo-o a maior ou menor grau de risco.

A teoria é mais claramente delineada na proposta de Jakobs acerca dos já mencionados delitos por responsabilidade organizatória ou de responsabilidade institucional, que estabelecem um dever de garantia sobre os bens jurídicos para todos os cidadãos. Segundo ela, a participação por omissão nos delitos comissivos equivale à participação omissiva por infração da responsabilidade organizatória.⁶⁹⁴

No entanto, é necessário ressaltar que a possibilidade de participação por omissão não é característica do funcionalismo radical, mas funda suas bases na interpretação normativa do papel de garante, ou na equiparação possível entre ação e

⁶⁹¹ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 63.

⁶⁹² Informa Guillermo Portillo Contreras que coube ao autor alemão Herzberg a primeira formulação nesse sentido. *Op. cit.*, p. 458.

⁶⁹³ Conforme Jakobs: “con base en la posibilidad de la equiparación de la comisión y omisión se percibe con especial claridad que la cuestión fundamental de la codelincuencia es la de la posición de garantía, la de una competencia, y no la de diferenciación entre autores y partícipes. “La normativación del derecho penal en el ejemplo de la participación”. In: *Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 632.

⁶⁹⁴ Günther Jakobs. *Op. cit.*

omissão, permitindo interpretar a omissão dentro dos mesmos parâmetros da conduta ativa e, dessa forma, avaliar a reprovabilidade, a proximidade com o bem jurídico e o elemento subjetivo contido na cumplicidade do omitente.⁶⁹⁵

7.7.5. *Requisitos para a participação por omissão*

Interessa-nos observar mais a fundo cada uma destas hipóteses, uma vez que somente a menção geral às possibilidades acima aventadas podem permitir uma interpretação mais abrangente do que realmente significam.

A partir do ano 2000, a Corte Espanhola passou a incorporar outros dois elementos aos que tradicionalmente recorria para avaliar a participação por omissão, elencando, portanto, cinco requisitos necessários para que se configure esta forma de participação delitiva: a) que se tenha produzido um resultado, de lesão ou de risco, característico de um tipo penal de ação previsto em lei; b) que se tenha omitido uma ação que, hipoteticamente, pudesse evitar o resultado, exigindo que a não evitação do resultado equivalha à sua causação; c) que o omitente seja qualificado para figurar como autor do tipo ativo referente; d) que o omitente esteja em condições de realizar voluntariamente a ação; e e) que a omissão suponha um dever jurídico de atuar.⁶⁹⁶

No tocante à possibilidade de evitar o resultando, no entanto, o Tribunal tece algumas ressalvas.⁶⁹⁷ Na hipótese de certeza, ou quase certeza, de que a ação omitida fosse capaz de evitar o resultado, entende que se configuraria comissão por omissão na forma de autoria. Por outro lado, haveria a participação por omissão quando demonstrado que a ação omitida não teria o condão de evitar o resultado, mas de dificultar sensivelmente a produção deste.

A este respeito, critica Dias a posição da jurisprudência de exigir a quase certeza de evitação do resultado, por entender que o efetivamente relevante para a solução destes casos é a diminuição do perigo ao bem jurídico, e afirma: “Se uma tal

⁶⁹⁵ Cf. Antonio Cuerda Riezu. “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español”. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 45, n. 2, 1992, pp. 491-514.

⁶⁹⁶ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 44.

⁶⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 44.

comprovação (da diminuição do perigo) não lograr adequada e a dúvida persistir [...] ela tem que ser valorada a favor do omitente”.⁶⁹⁸

O controle de perigos do âmbito de organização refere-se aos casos em que o garante administra atividades altamente perigosas, como a venda de armas de fogo, ou o controle de resíduos tóxicos. Em especial, o superior hierárquico que conhece dos delitos praticados por um subordinado passa a responsabilizar-se também pelos danos que a conduta do funcionário vier a causar. Esta responsabilidade, no entanto, decorrente da administração de atividades de risco, não transforma todos em garantes das práticas delitivas de todos. O proprietário da loja de armas que fornece a arma para que um terceiro pratique um homicídio será certamente partícipe neste delito, porém ressalvam-se nesse caso as condutas neutras.⁶⁹⁹

A responsabilidade sobre o controle de condutas de terceiros perigosos variará sensivelmente, de acordo com o grau de dependência do terceiro, bem como do grau de periculosidade por este apresentado. Assim, existe a responsabilidade sobre aqueles incapazes, normativamente incapazes (como o caso de crianças e adolescentes sob tutela parental) e especialmente nos casos de incapacidade funcional, que transfere ao garante a responsabilidade sobre pessoas em processo de aprendizagem (sendo o exemplo mais nítido a responsabilidade do professor de auto-escola sobre os atos do aluno).

Nas hipóteses acima aventadas, dificilmente se configurará a participação por omissão em um delito. Esta será possível, ao contrário, especialmente no caso de responsabilidade sobre terceiros autorresponsáveis, porém perigosos, no caso de dever de proteção de determinadas áreas específicas da administração, ou na relação com funcionários subordinados. Assim, por exemplo, a responsabilidade do agente penitenciário e a responsabilidade de funcionários públicos sob determinados setores, como o policial que, *de acordo com o preso*, não impede sua fuga sabendo que este cometerá um delito em revanche a sua prisão.⁷⁰⁰

Conforme indica Gimbernat Ordeig, a autorresponsabilidade do terceiro é o que impede que qualquer passividade por parte do garante converta-se na responsabilidade por omissão. Segundo o autor, a intervenção ativa de um terceiro

⁶⁹⁸ Jorge de Figueiredo Dias. *Op. cit.*, p. 906.

⁶⁹⁹ Conforme Robles Planas: “Sin embargo, la desaprobación típica de estas conductas deberá negarse allí donde los objetos o actividades que el tercero deriva hacia lo delictivo dejan de estar sometidas a controles o requisitos especiales, de tal manera que adquieren carácter ubicuo y, por consiguiente, *neutral*”. *Op. cit.*, p. 64. Grifo nosso.

⁷⁰⁰ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 67.

dificulta a interpretação de que foi a omissão a causadora da lesão ao bem jurídico, de forma a caracterizar a autoria, restando, tão somente, a hipótese de participação.⁷⁰¹

A omissão deve estar inserida no curso dos acontecimentos de forma a facilitar a comissão de um delito. A mera passividade não é elemento normativo suficiente para qualificar uma omissão como colaboração ou intervenção no delito.

Segundo Guillermo Contreras, nos casos em que a omissão houver contribuído decisivamente para o resultado, tem-se a hipótese de autoria omissiva. Ao contrário, se a omissão só poderia ter dificultado a ação, mas em nenhum caso impedi-la, então estaríamos diante de um caso de participação por omissão. Para o autor, o omitente comete um delito de omissão imprópria somente quando a vulneração de uma posição de proteção ou de controle permite estabelecer uma estrita equiparação (causalidade e imputação objetiva) entre o comportamento ativo e passivo acerca do resultado.⁷⁰²

Para Maria Jose Rodriguez Mesa, a participação por omissão será possível sempre que o compromisso do garante em evitar um resultado lesivo refira-se somente de modo indireto ou mediato à realização do resultado, por entender que neste caso a conduta identifica-se com as hipóteses de participação. Conclui que, nestes casos, o omitente “responderá como cooperador necesario o no necesario en función de la esencialidad para la realización del hecho ajeno del riesgo que se había comprometido a contener”.⁷⁰³

Na hipótese de a omissão representar o *único* comportamento relevante para a ocorrência de um resultado lesivo, então a única possibilidade é que o omitente responda por autoria pela infração do dever. Quando, ao contrário, sua ação omitida tenha o condão de dificultar sensivelmente a produção do resultado lesivo por um terceiro, e quando esta omissão se der em comunhão de vontades com este terceiro, então se configuraria a participação por omissão.

Podemos sintetizar os argumentos acima nos principais requisitos para que uma omissão possa estar configurada como cumplicidade no delito alheio, de modo a alterar a quantidade de pena prevista para a mesma conduta, inserindo-a no curso da realização de delito de um terceiro, a título de participação.

⁷⁰¹ Gimbernat Ordeig. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

⁷⁰² Guillermo Portilla Contreras. *Op. cit.* p. 463.

⁷⁰³ Maria Jose Rodriguez Mesa. “Autoría u participación en comisión por omisión”. In: *Revista de derecho penal*, n. 1, 2006, p. 213.

Sendo assim, a primeira condição para que se possa aventar a possibilidade de participação é haver uma ou mais condutas típicas, particularmente no caso de concorrerem um delito omissivo e um comissivo, praticado por sujeito autorresponsável. Estas condutas devem realizar-se *coordenadamente*⁷⁰⁴, buscando o mesmo resultado. Para que se configure a participação, no entanto, a coordenação das ações é um elemento essencial, pois pode ocorrer a existência de uma omissão, ao mesmo tempo de um delito comissivo, sem que estes compartilhem idealmente o mesmo resultado, de modo a configurar também um caso de autoria pela omissão típica.

A omissão, assim, uma vez realizada coordenadamente com outra ação típica, obedecerá às mesmas regras estabelecidas para a participação através de condutas comissivas, de modo que o grau de reprovabilidade da omissão dependerá da relevância desta para a realização do delito de terceiro. A omissão pode representar uma colaboração muito distante da ação final, como a omissão em vigiar uma arma, que acaba sendo subtraída para a realização de um homicídio, e então seu grau de reprovabilidade é bastante reduzido, ou, por outro lado, ela pode ser decisiva para a concretização do delito. Conforme sintetiza Robles Planas, “por regla general habrá participación por omisión en un delito comisivo cuando se trate de evitar que *de un ámbito de organización surjan peligros que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros*”.⁷⁰⁵

Outros casos de participação por omissão refletem uma preocupação da doutrina contemporânea, relativamente às hipóteses de delegação de funções hierárquicas, casos nos quais pode haver uma sequência de omissões, dentro de uma cadeia de responsáveis, que seguem omitindo uma proteção que deveriam exercer. Nestes casos, a responsabilidade do delegado pode ser considerada uma cumplicidade ativa do delito omissivo do delegante da função, sempre que a conduta do delegante não seja uma ação neutra.⁷⁰⁶ Pensemos, por exemplo, no responsável pelo controle de despejo de resíduos tóxicos de uma fábrica que permite que seus funcionários desrespeitem normas de segurança, ou no diretor de um hospital que deixe de prover os recursos básicos para o

⁷⁰⁴ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 75.

⁷⁰⁶ Eduardo Demétrio Crespo chama a atenção para estas hipóteses, crescentemente suscitadas pela jurisprudência, a responsabilizar os diretores de uma instituição pelos danos causados por seus funcionários, especialmente nos casos de decisões colegiadas, atribuindo responsabilidade não somente àqueles que votaram favoravelmente a uma conduta perigosa para o bem jurídico, mas também responsabilidade por omissão imprópria para aqueles que votaram contra, mas não tomaram nenhuma atitude para impedir a execução da decisão do colegiado. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009, p. 49.

atendimento, forçando o corpo médico a tomar decisões perigosas para a saúde dos pacientes.

Nos delitos das esferas de organização, portanto, a participação na forma omissiva obedece a certas particularidades. No caso de delitos que somente se realizem pela atividade de um terceiro autorresponsável, ainda que exista a figura do garantidor decorrente da atividade perigosa, estaremos tão somente diante da hipótese de autoria, uma vez que a omissão leve de determinadas medidas preventivas não seria suficiente para provocar o dano ao bem jurídico que a norma de dever visa evitar. Quando, porém, o sentido da omissão é facilitar o delito de terceiros, então se configura a participação, por exemplo, no caso do segurança que deixa as portas da empresa destrancadas, a fim de facilitar um roubo.

Em síntese, a intervenção por infração de um dever pode ocorrer em três planos: (i) nos casos de responsabilidade por uma estrutura organizacional; (ii) responsabilidade por atos perigosos de terceiros; e (iii) responsabilidade por terceiros diante de perigos.⁷⁰⁷

Algumas profissões ou setores sociais estão sob a cobrança de maior diligência no desempenho de suas funções, normalmente por serem estas ligadas a situações de maior perigo, como a venda de armas, manipulação de certos produtos químicos, controle de resíduos despejados no meio ambiente etc. Há uma obrigação de manter a atividade dentro de limites toleráveis de risco, o que não significa transformar toda a sociedade em garante de delitos, mas reconhecer que existe efetivamente um dever de atuar de forma cautelosa e preventiva.

No caso de responsabilidade por atos perigosos de terceiro, um agente assume a responsabilidade pela conduta de pessoas perigosas não puníveis, e deve evitar que estas causem danos aos demais. O exemplo mais elucidativo é do professor de auto-escola.⁷⁰⁸ No caso de a pessoa perigosa ser sujeito punível, há duas possibilidades: o interveniente tem um dever administrativo de evitar o resultado mas não se esforça para evitá-lo (policia que permite que o preso, a caminho da delegacia, fuja), ou transforma-se em garante e responde com crimes comissivos por omissão (se houver colaboração

⁷⁰⁷ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 67.

decisiva para o crime do agente responsável).⁷⁰⁹ Da mesma forma se responsabilizam por omissão aqueles que atuam dentro de uma área empresarial, quando houver dever do delegante em fiscalizar as funções delegadas.

A responsabilidade por terceiros diante de perigos existe no caso de garantes de incapazes (filhos, doentes etc). Estes têm uma obrigação apriorística de zelar pelo bem estar dos incapazes, mas a depender da assunção de uma responsabilidade maior (por exemplo, ao impedir que outros colaborem nos cuidados com a criança), o garante passa a suportar os riscos decorrentes desta, e responde por omissão.

Como se pode verificar pelo exposto, a ponderação acerca da punibilidade de ações neutras deita-se majoritariamente sobre a análise de casos concretos, sendo tarefa difícil sua delimitação puramente abstrata.

Na abordagem de diversos autores pudemos observar, na indicação de casos que elucidam a teoria, a referência constante da possibilidade de se incriminar o interveniente, por infringir o dever de cuidado quando fornecer um material que possa ser utilizado para um crime “a un delincuente en potencial”,⁷¹⁰ “estereotípicamente adecuado desde un punto de vista social”.⁷¹¹

A inferência generalizada entre os autores que atualmente refletem acerca das ações neutras e dos deveres de cuidado em ações cotidianas desperta-nos o temor de uma abordagem que incentiva a segregação social, a arbitrariedade dos prestadores de serviço, em detrimento do princípio constitucional da igualdade, além de apresentarem um viés de difícil solução dentro do direito penal: quando um comerciante vender um veneno a uma pessoa, que venha a descobrir posteriormente já ter sido condenada por homicídio, então este estaria infringindo um dever de cuidado? Ou então, chancela-se, com esta interpretação, o preconceito social e a dificuldade de reinserção social.

⁷⁰⁹ Robles Planas indica um julgado do Tribunal Espanhol, no qual houve a condenação de agente que levou um amigo e uma moça a um lugar ermo, para que mantivessem relações. O Tribunal entendeu que, ao contribuir com a intenção do amigo e levar a moça, este assumiu papel de garante da integridade física desta. *Idem, ibidem*.

⁷¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 51

⁷¹¹ Jon-Mirena Landa Gorostiza. *La complicidad delictiva en la actividad laboral ‘cotidiana’: contribución al ‘límite mínimo’ de la participación frente a los ‘actos neutros’*. Granada: Comares, 2002, p. 89.

7.7.6 Ações neutras e participação por omissão

O debate acerca das condutas neutras vem se acentuando tanto na doutrina quanto na jurisprudência, considerando-se especialmente os limites da participação do cúmplice na conduta delitiva alheia.

As teorias tradicionais da participação, como visto anteriormente,⁷¹² permitem uma abertura considerável do leque de condutas que podem ser incriminadas a título de participação, uma vez baseadas na verificação de uma conduta causal e consciente de favorecimento, sem que, contudo, haja um elemento subjetivo suficiente para sua reprovabilidade.

Os instrumentos da imputação objetiva visam minorar estes efeitos através da introdução de considerações normativas para avaliação da participação, a fim de restringir as hipóteses das ações ou omissões que possam configurar a participação. Estes elementos normativos passam, especialmente, pela exigência de que a conduta seja uma superação do incremento do risco permitido e pela avaliação da proximidade com o bem jurídico.⁷¹³

A omissão penalmente relevante é, nestes termos, o critério normativo de imputação objetiva a ser aplicado, segundo nosso entendimento, para delimitar a participação punível da impunidade das condutas cotidianas.

A ressalva levantada por Jakobs, apesar de aplicada em seu sistema, pode ser levada em conta como reforço ao nosso entendimento.

Para Jakbos, no momento de se avaliar quando uma ação cotidiana pode contribuir para o delito alheio, “en primer lugar, hay que preguntar si el omitente se vincula mediante su omisión, o si, por el contrario, la omisión se presenta como conducta neutral. Nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta activa. [...] Pero cuando el estado de organización tiene el significado de fomentar una conducta delictiva,

⁷¹² Ver Capítulo 4, Da participação criminal no direito brasileiro.

⁷¹³ Ricardo Robles Planas. *Op. cit.*, p. 84.

debe ser modificado, eso sucederá con frecuencia, en particular, en lo que se refiere al manejo de objetos peligrosos que son de libre acceso”.⁷¹⁴

⁷¹⁴ Günther Jakobs. *Op. Cit.*, p. 631. O autor exemplifica, ainda, a crítica de que ninguém está obrigado a eliminar as pedras do seu jardim porque estas podem ser usadas por alguém como projéteis, e ninguém está obrigado a exigir de volta a faca que emprestou por conta do uso imprudente do objeto por aquele que a tomou emprestado.

8. SOLUÇÃO DOS CASOS

“He recibido su ‘Código Penal’, que una vez más muestra la claridad de su mente con relación a lo que debe ser un Kommentar de esos que deben ser manejados todos los días para el efectivo ejercicio de la función real y vital del jurista y no para ir a discutir con otros colegas discutidores que en sus teorías son capaces de fusilar al inocente y absolver al culpable.”⁷¹⁵

Uma vez adotado nosso próprio ponto de vista e, tendo expostos os casos reais no início da tese, resta agora solucioná-los de acordo com nosso entendimento, levando em consideração tudo que foi exposto.

8.1. Julgados 1⁷¹⁶ e 2⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Carta de autoria de Sebastián Soler, enviada à Celso Delmanto, publicada in Celso Delmanto *et al.* *Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷¹⁶ Segue ementa do caso Ementa: *“HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesa obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei. Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir. Ordem denegada e cassada a liminar”*. (STJ, HC n. 78.553-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, data de julgamento: 09/10/2007, DJ: 29/10/2007).

⁷¹⁷ Inconformados, M.B., C F. e O. R. impetraram ordem de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, com o fim de trancar a ação penal em questão em relação a eles. A ordem foi concedida, por unanimidade, devido ao entendimento da Turma julgadora de que a busca dos consultores, na qualidade de advogados especializados na matéria, de alternativas para diminuir a carga tributária suportada pela empresa consulente, nada tem de criminosa. Consideraram os julgadores que M.B., C F. e O. R. não procuraram, com suas opiniões legais, instigar ou cooperar direta e conscientemente com os empresários para a prática de crimes contra a ordem tributária; donde se conclui que o resultado considerado criminoso não foi dolosamente por eles causado. Lembra ainda a Turma julgadora que os consultentes não estavam obrigados a seguir os critérios dos consultores, uma vez que estes não exerciam qualquer atividade dentro da empresa, seja de comando ou direção. Assim, sob a ótica da tipicidade, e tendo em vista a ausência de dolo na conduta dos Pacientes, optaram os julgadores pelo trancamento da ação penal instaurada contra eles. Julgado trazido à colação por Maria Elizabeth Queijo, na obra *“Responsabilidade penal do advogado parecerista em matéria tributária”*. In: *Direito penal tributário*. Davi de Paiva Costa Tangerino e Denise Nunes Garcia (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 274 e também utilizado por Matias Illg. *Planejamento tributário: estamos diante de uma conduta neutra?* In *Direito penal econômico – questões atuais*. Coord. Alberto Silva Franco e Rafael Lira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 277-297. Segue ementa do acórdão: *“HABEAS CORPUS - SONEGAÇÃO FISCAL - PRETENDIDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR FALTA*

Os dois primeiro julgados envolvem, diretamente, o questionamento sobre a atividade do advogado.

O contexto no qual a discussão se insere é polêmico tendo em vista a tendência internacional, com repercussões nacionais, em se criminalizar o exercício da advocacia. Por este motivo, antes de apresentarmos nossa posição sobre os casos, mister se faz alguns considerações sobre as tendências criminalizadoras.

8.1.1. Do contexto legal da criminalização da advocacia

Em regra, é livre exercício da advocacia, desde que dentro dos limites da lei, prerrogativa protegida constitucionalmente⁷¹⁸. O advogado, figura imprescindível à administração da justiça, garante aos cidadãos o direito de defesa, cuja relevância de seu papel é indiscutível.

Mas como qualquer outra, a atividade do advogado pode vir a ser limitada e sofrer restrições, que não deixam de ser restrições à direitos fundamentais⁷¹⁹. Entre elas se insere as referidas tendências criminalizadoras que, atualmente, se consubstanciam em duas: *i*) crime de lavagem de dinheiro, especialmente o Projeto de Lei nº 3443/2008, que visa alterar dispositivos da Lei nº 9.613/98 e; *ii*) à atividade do advogado parecerista, principalmente com base nos posicionamentos a respeito de operações tributárias⁷²⁰.

DE JUSTA CAUSA:ADVOGADOS INCLUÍDOS NA AÇÃO PENAL (ADITAMENTO À DENÚNCIA) PORQUE FORNECIAM CONSULTAS AOS EMPRESÁRIOS CO-DENUNCIADOS, ORIENTANDO-OS EM QUESTÕES RELATIVAS À ELISÃO FISCAL, MEDIANTE PROPOSTA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE DOLO PARA CARACTERIZAR, SEQUER EM TESE, CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ("Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal")- A ATIVIDADE DE CONSULTORIA É PRIVATIVA DO ADVOGADO, PROTEGIDA PELA INVIOABILIDADE DO SEU CONTEÚDO - ADMITIR A CO-PARTICIPAÇÃO NESTA HIPÓTESE É TRAZER À TONA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ABOLIDA DO DIREITO PENAL MODERNO. ORDEM CONCEDIDA".(TJ/SC, HC n. 1997.012345-0, 2ª Câmara, Rel. Des. Álvaro Wandelli, data de julgamento 18.11.1997).

⁷¹⁸ Cf.: Art. 133 da Constituição Federal: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

⁷¹⁹ Restrições, na realidade, a direitos fundamentais expressos na Constituição Federal (artigo 5º, incisos XIII, LIV, LV, LVII, LXIII e LXXIV). Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 10-11.

⁷²⁰ A tensão do tema surge exatamente por envolver ele questões que não dizem respeito tão somente ao livre exercício da profissão. A ele diretamente se relacionam a indispensabilidade do advogado à administração da justiça; o direito à assistência jurídica, seja ela particular ou pública; o direito à livre escolha do defensor; o

A análise de cada uma das situações se faz necessária inclusive para podermos situar em quais deles se encontra a problemática das ações neutras.

8.1.2. Crime de lavagem de dinheiro

No Brasil, cabe à Lei nº 9.613/98 dispor sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, diploma que criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁷²¹.

O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)⁷²² separa em três etapas o processo de branqueamento de capitais: (a) colocação⁷²³; (b) dissimulação dos ativos⁷²⁴; e (c) integração dos bens, direitos ou valores à economia regular⁷²⁵.

direito ao contraditório e à ampla defesa; o princípio do devido processo legal; a presunção de inocência; o sigilo profissional; a inviolabilidade do advogado pelos seus atos e manifestações; e a inviolabilidade do escritório de advocacia de acordo com Nilo Batista, em trabalho específico sobre a inviolabilidade do escritório de advocacia diante das buscas apreensões de documentos etc. e sua validade processual. Chega a mencionar o autor que “de todas as idéias tirânicas, a mais tirânica é aquela que pretendesse que o advogado defensor comunicasse ao Ministério Público ou ao juiz as coisas que o cliente lhe confidenciou.” Nilo Batista. *A criminalização da advocacia*. Revista de Estudos Criminais, Ano IV, nº 20, 2005. p. 89.

⁷²¹ Cf.: Art. 14. da Lei nº 9.613/98:

“É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.”

Segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), pode-se conceituar a lavagem de dinheiro como um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação, na economia, dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos (Lavagem de Dinheiro - Um problema mundial. Cartilha do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Brasília: UNDCP, 1999, p. 3. Cf.: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf>> Último acesso em 15.12.2011. Cf. sobre o tema, Vicente Greco Filho. “Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores”. In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso brasileira*, coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 147-169).

⁷²² Organismo intergovernamental, criado em 1989, que estabelece padrões, emite recomendações, bem como desenvolve e promove políticas de combate à lavagem de dinheiro. Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.*, p. 56.

⁷²³ A etapa de colocação consiste na introdução de dinheiro ilegal dentro do circuito econômico e financeiro legítimo, com o objetivo de dissimular a origem dos recursos. Cf.: Ricardo Andrade Saadi. “Lavagem de dinheiro”. In: *Revista Criminal*, Ano 01, vol. 01, out./dez.. São Paulo: Fiuza, 2007. p. 84. Fase em que se busca a ocultação da origem ilícita do dinheiro, mediante a separação física entre os criminosos e os produtos dos crimes praticados, que são aplicados no mercado formal para convertê-los em ativos lícitos. Cf.: Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia. *“Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crimes) – anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 27.

⁷²⁴ Etapa em que se objetiva dificultar o rastreamento contábil dos ativos oriundos do crime, ocultando a origem ilícita do dinheiro. Cf.: Ricardo Andrade Saadi. *Op. Cit.*, p. 85.

⁷²⁵ A integração é a fase em que o criminoso visa incorporar formalmente os ativos “lavados” ao sistema econômico legal, seja através de investimentos em empreendimentos ou mediante a simples compra de bens. Cf.: Ricardo Andrade Saadi. *Op. Cit.*, p. 87.

A concretização do crime de lavagem está vinculada à prática de delitos antecedentes, que são elencados em rol taxativo pela Lei nº 9.613/98. Assim, se inexistir prática de crime antecedente previsto na referida lei, não há que se falar em conduta típica do crime de lavagem⁷²⁶.

Neste contexto, digno de nota que atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3443/2008 – originalmente Projeto de Lei do Senado nº 209/2003 – dispõe sobre alterações na Lei nº 9.613/98, visando implementar no sistema brasileiro uma maior eficiência no âmbito punitivo dos crimes de lavagem de dinheiro.

Dentre as alterações na Lei nº 9.613/98, a mais significativa é, em seu artigo 1º, a extinção do rol de crimes antecedentes e a substituição da palavra crime por infração penal, a fim de alcançar maior abrangência⁷²⁷, sendo passível de punição a lavagem de dinheiro proveniente de infrações como sonegação fiscal, jogo do bicho, formação de caixa dois com recursos não-declarados etc.⁷²⁸.

O inciso I do § 2º do referido projeto de lei passa a prever que também incorre no crime de lavagem de capitais quem utiliza bens, direitos ou valores que sabe ou **deveria saber** serem oriundos de atividade ilícita, aumentando a abrangência da norma.

Outra importante mudança, que também suscita a possível responsabilização dos advogados, é a nova redação do art. 9º da Lei 9.613/98, que indica, em seu inciso XIV, quem tem o dever de notificar as atividades suspeitas de lavagem de dinheiro às

⁷²⁶ Segundo o art. 1º da Lei nº 9.613/98, a lavagem de dinheiro é a operação financeira ou transação comercial que objetiva ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente dos seguintes crimes: (i) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (ii) terrorismo e seu financiamento; (iii) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; (iv) extorsão mediante seqüestro; (v) contra a Administração Pública; (vi) contra o sistema financeiro nacional; (vii) praticado por organização criminosa; (viii) praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

⁷²⁷ Segundo o Senador Pedro Simon, autor do substitutivo do PL 209/2003, aprovado pelo Senado Federal em 08.05.2008, “a primeira grande novidade é a definição da prática de lavagem de dinheiro como um crime específico, independente do delito antecedente que deu origem ao numerário e patrimônio acumulados.” Cf.: *Contra o crime de lavagem de dinheiro*. Jornal Folha de São Paulo, 20.05.2008, p. A3.

⁷²⁸ “(...) § 1º *Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de **infração penal**:*

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º *Incorre, ainda, na mesma pena quem:*

*I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe **ou deveria saber** serem provenientes de infração penal;*

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.” (negrito nosso)

autoridades competentes⁷²⁹, sob pena de aplicação das sanções previstas no art. 12⁷³⁰.

Assim, debate-se se o advogado deve ou não ser obrigado a denunciar o próprio cliente se tem ciência ou suspeita de que este pratique o crime de lavagem de dinheiro.

A eventual punição do advogado nas penas e sanções previstas na lei – e no projeto de lei⁷³¹ – que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro merece reflexão, devendo ser realizada minuciosa análise do tema através dos diversos entendimentos da Doutrina, bem como dos posicionamentos encontrados na jurisprudência brasileira e

⁷²⁹ “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, **serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:**

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias;

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;” (grifos nossos)

A redação original do projeto trazia disposição expressa no sentido de que “os advogados e as sociedades de advogados, quando prestem os serviços previstos nos incisos anteriores (consultoria e assessoria)”, deviam notificar as autoridades competentes em caso de suspeita de lavagem de dinheiro. Devida a grande revolta da classe, liderada pela OAB, o inciso XIV do projeto acabou sendo modificado. Cf.:

<http://www.conjur.com.br/2007-mai-01/projeto_lavagem_dinheiro_afetar_sigilo> Último acesso em

15.12.2011. No entanto, como não é especificada a natureza dos trabalhos de consultoria, assessoria, aconselhamento e assistência, algumas atividades exercidas por advogados, em tese, poderiam perfeitamente ser englobadas por esta obrigação as atividades do advogado.

⁷³⁰ Cf.: Redação do Art. 12 da Lei nº 9.613/98 em caso de aprovação do Projeto de Lei nº 3443/2008:

“As pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.”

⁷³¹ Outros Projetos de Lei merecem ser citados, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro, que foram considerados inconstitucionais pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. O PL nº 577/2003, que acrescentaria dispositivo à Lei nº 9.613/98, obrigando o réu a comprovar a origem lícita dos valores pagos a título de honorários advocatícios. O PL nº 712/2003, que buscava inserir no rol do art. 34, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), mais duas infrações disciplinares: percepção pelo advogado de valores a título de honorários provenientes de narcotráfico ou outra atividade criminosa, bem como a obrigação de comunicar à autoridade judiciária sobre a impossibilidade de patrocínio da causa, de modo a não incorrer na primeira infração suscitada. O PL nº 5.562/2005, que também acrescentaria dispositivo à Lei nº 9.613/98, determinando que o acusado de crime hediondo, ou praticado por organização criminosa, juntasse no processo o valor e a origem dos honorários pagos ao seu advogado. Por fim, o PL nº 6.413/2005, que acrescentaria o art. 261-A ao CPP, dispondo que a defesa dos acusados pelo crime de branqueamento de capitais deveria ser feita exclusivamente por advogados dativos, salvo se os agentes criminosos pudessem comprovar a origem lícita dos recursos utilizados para o pagamento dos honorários. Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.*, pp. 78-80.

internacional.

8.1.3. Responsabilidade Penal do Advogado e o Crime de Lavagem de Dinheiro

Sem necessariamente colocar o tema como sendo das ações neutras, a doutrina se divide quanto à incriminação do advogado que recebe honorários possivelmente oriundos de crime antecedente, podendo ser verificadas soluções de ordem subjetiva ou objetiva. Quanto à solução de ordem subjetiva, a responsabilização dependerá da constatação do elemento dolo na conduta do advogado para, assim, incorrer em crime de lavagem de dinheiro.⁷³²

As soluções de ordem objetiva, de outro lado, podem ser avaliadas em três grupos conceituais: (i) impossibilidade de imputação ao advogado, diante do direito constitucional à ampla defesa⁷³³ e da livre escolha pelo Réu de seu defensor; (ii) configuração de conduta típica e antijurídica se os honorários são de origem sabidamente ilícita, sendo certo que a defesa pode ser assegurada pela assistência judiciária estatal⁷³⁴; (iii) o entendimento de que o exercício profissional do advogado nada mais é que uma conduta neutra⁷³⁵ ou, ainda, socialmente adequada⁷³⁶, sendo considerado como atípico o recebimento da verba honorária oriunda de meios ilegais.⁷³⁷

⁷³² Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. “Lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória”. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 2, jan-jun 2005, RT. p. 155.

⁷³³ Cf.: Art. 5º da Constituição Federal:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁷³⁴ Cf.: Art. 5º da Constituição Federal:

“LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

⁷³⁵ Ou Negócio *Standart*. Cf.: Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. *Op. Cit*, p. 163.

⁷³⁶ Ações praticadas dentro do marco das ordens sociais não poderiam ser compreendidas dentro da figura típica. Cf.: Hans Welzel. *Derecho penal aleman*. Parte general. Santiago: Editorial Juridica e Chile, 1997. pp. 66 e ss. Os negócios normais da vida cotidiana não poderiam ser proibidos, porquanto não representam um meio idôneo para lesar um bem jurídico. Assim, não há que se falar em criação de um risco tipicamente desaprovado, mesmo quando a conduta possibilita ou facilita a comissão de delito por terceiros. As condutas neutras estão excluídas do comportamento típico em sentido amplo, vez que lhes faltam o sentido delitivo da conduta. Cf.: Wolfgang Frisch. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid, Marcial Pons, 2004. p. 316.

⁷³⁷ Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. *Op. Cit*, pp. 155-156.

A discussão envolvendo a responsabilidade penal do advogado no recebimento de honorários é antiga, renovando-se a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.613/98 e, posteriormente, com a apresentação do Projeto de Lei nº 3443/2008. A questão já era levantada por Nelson Hungria e Edgard Magalhães Noronha, aventando-se a hipótese da criminalização do advogado em relação ao crime de receptação⁷³⁸.

Para Renato de Mello Jorge Silveira e Vivian Cristina Schorscher a prática do advogado, não gerando risco além do permitido, não atingido o bem jurídico – supraindividual – que se queira proteger – não pode ser punido se vier a aceitar o recebimento de dinheiro de provável duvidosa origem⁷³⁹.

Com o referencial subjetivo, para Ambos não é possível responsabilizar o advogado que recebe os honorários, ainda que maculados, de boa-fé. Se o defensor desconhece a origem ilegal dos valores pagos pela prestação dos serviços jurídicos, tendo em vista ainda a presunção de inocência do acusado, não há que se falar em crime de lavagem de dinheiro. Para a responsabilização do profissional se faz necessário o conhecimento seguro de que os honorários são provenientes de atividade ilícita⁷⁴⁰.

Conforme o entendimento de Rodrigo Sánchez Rios⁷⁴¹, nos casos de exercício da profissão dentro dos limites do risco permitido, sem conexão com o delito antecedente, e sendo recebidos honorários maculados, devidos pela prestação dos serviços⁷⁴², não é possível identificar, na conduta do advogado, qualquer sentido delitivo. Trata-se de uma conduta socialmente adequada ou um comportamento neutro⁷⁴³ impeditivo da imputação

⁷³⁸ Cf. Nelson Hungria. *Comentários ao código penal*. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 321 e Edgard Magalhães Noronha. *Direito penal*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 486.

⁷³⁹ Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. *Op. Cit.*, p. 167.

⁷⁴⁰ Kai Ambos. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, 2004. pp. 43-47.

⁷⁴¹ Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.*, pp. 146-147.

⁷⁴² Quanto ao recebimento de honorários maculados, importa ressaltar que a recusa da prestação dos serviços pelo advogado ao agente do delito não altera em nada a sua conduta delitiva principal, uma vez que já consumada. A aceitação, por sua vez, resultará evidente boa-fé ao limitar a sua atuação ao âmbito do procedimento criminal instaurado, utilizando-se de todos os mecanismos legais dispostos pelo ordenamento jurídico. A conduta do advogado é considerada neutra e não adquire relevância penal, visto não criar um risco juridicamente desaprovado. Cf.: *Idem, Ibidem*, pp. 169-170.

⁷⁴³ Em analogia à atuação do advogado classificada como conduta neutra, merece destaque decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação nº 2005.81.00.014586-0). Em 1ª instância, a 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará apontou a responsabilidade penal de cada um dos agentes integrantes da organização criminosa responsável pelo furto realizado ao Banco Central. Entre os condenados, encontravam-se sócios de empresa revendedora em que foram adquiridos 11 (onze) veículos, mediante pagamento em espécie, dos quais 03 (três) foram utilizados para transportar o dinheiro furtado. Segundo a decisão de primeiro grau de jurisdição, os representantes da revendedora, que devolveram a maior parte do valor recebido na venda dos veículos, tinham ciência da origem ilícita do dinheiro. O Tribunal, no entanto, entendeu de maneira diversa, expondo que os acusados não tinham conhecimento de que o dinheiro era proveniente de ato criminoso. Segundo o voto do Relator, “talvez pudesse ser atribuída aos empresários a

objetiva do resultado, do qual não pode derivar-se uma conduta típica de lavagem. A conduta delitiva só poderá ser cogitada, na atividade dos advogados, quando é constatada a solidariedade com os fins do branqueamento, o que não é o caso do advogado que recebe honorários supostamente maculados para prestar serviços de defesa técnica.

Quanto à jurisprudência, no cenário internacional, merecem destaque dois casos provenientes da Alemanha.

Em 06 de janeiro de 2000, o Tribunal de Apelação (*OLG*) de Hamburgo absolveu um advogado que, pelo recebimento de honorários de origem suspeita, foi acusado por crime de lavagem dinheiro. O defensor advogava para suspeito de tráfico de drogas⁷⁴⁴; contudo, restou demonstrado que a sua contratação e o pagamento dos serviços foram realizados por terceira pessoa.⁷⁴⁵

Outrossim, o referido Tribunal asseverou que a Constituição da Alemanha dispõe sobre a possibilidade de livre escolha e constituição do advogado por parte dos acusados, devendo ser preservada a relação entre as partes e assegurada a realização efetiva da defesa pelo patrono, o qual goza de privilégios como a inviolabilidade do escritório, o sigilo na comunicação com o cliente e o exercício livre de sua profissão.⁷⁴⁶

Assim, o *OLG* de Hamburgo expôs que o tipo penal deve ser interpretado restritivamente, ainda que o advogado saiba que os honorários recebidos sejam oriundos de crime antecedente. Porém, o defensor poderia ser incriminado caso fosse comprovado que os valores recebidos foram reintegrados ao patrimônio do acusado.⁷⁴⁷

Com entendimento distinto, o Tribunal Supremo (*BGH*) da Alemanha, em 04 de julho de 2001, condenou dois advogados de Frankfurt pelo crime de lavagem de dinheiro⁷⁴⁸, uma vez que restou comprovado que o defensor tinha pleno conhecimento da

falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de maneira informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes". Cf.: *Idem, Ibidem*, pp. 301 e ss.

⁷⁴⁴ Em 10.02.1999, a polícia alemã deteve uma mulher que transportava um quilo de cocaína em seu automóvel, proveniente da Holanda e com destino à cidade de Colônia. Através de interceptações telefônicas, a polícia tomou conhecimento da relação da mulher com suspeito de ser chefe de uma organização criminosa atuante no tráfico de entorpecentes. O suspeito, diante da detenção da mulher, contratou advogado e pagou, a título de honorários, 5.000 (cinco mil) marcos, valor este que o Ministério Público entendeu ser proveniente da venda de cocaína. Cf.: *Idem, Ibidem*, p. 247.

⁷⁴⁵ Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. *Op. Cit.*, p. 153.

⁷⁴⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 153-154.

⁷⁴⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 153-154.

⁷⁴⁸ Dois advogados de Frankfurt assumiram a defesa de um casal, fundadores do *European Kings Club*, entidade com característica de grupo esotérico-religioso. Sob a acusação de associação criminosa e fraude, através do sistema conhecido como "bola de neve" ou "pirâmide", os mentores foram denunciados e, sob

origem ilícita dos honorários recebidos.⁷⁴⁹

Segundo o *BGH*, o advogado não merece tratamento excepcional, não podendo aceitar qualquer dinheiro proveniente de crimes considerados graves. Por sua vez, o acusado deveria procurar um defensor público, que garantiria a sua ampla defesa, na hipótese de não dispor de meios financeiros legais suficientes para contratar o advogado que escolhera. Ademais, o Tribunal relatou que não haveria qualquer prejuízo à relação de confiança entre o cliente e o seu patrono, vez que a investigação do advogado dependeria de uma suspeita inicial, nunca decorrendo do simples fato de a pessoa acusada de determinado crime ser defendida pelo procurador que escolheu.⁷⁵⁰

Posteriormente, o caso foi submetido ao Tribunal Constitucional Alemão, o qual, ao constatar que os fundamentos da condenação encontravam-se constitucionalmente corretos, decidiu que o alcance da aplicação do tipo penal de lavagem deveria ser restringido no marco do elemento subjetivo, de maneira que apenas poderia ser condenado o advogado que possui conhecimento seguro quanto à origem ilícita do dinheiro.⁷⁵¹

Além do recebimento de honorários maculados, a responsabilização do advogado, mesmo que meramente administrativa, pode decorrer de sua conduta omissiva quando suspeita que o seu cliente pratique o crime de lavagem de dinheiro.

A constatação, por diversas entidades governamentais⁷⁵², de que advogados vêm atuando em benefício dos serviços de agentes de branqueamento de capitais⁷⁵³, acarretou na remodelação dos mecanismos de controle para a identificação dos criminosos.⁷⁵⁴

custódia, contrataram os advogados, que receberam, em espécie, 200 mil marcos alemães, pagos por funcionário de empresa de informática sucessora do *European Kings Club*. Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit*, p. 257.

⁷⁴⁹ Renato de Mello Jorge Silveira; Vivian Cristina Schorscher. *Op. Cit*, p. 154.

⁷⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p. 154.

⁷⁵¹ Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit*, pp. 264-265.

⁷⁵² Em 1998, a Unidade de Inteligência Financeira do Reino Unido (NCI) denunciou diversos escritórios de advocacia de Londres, diante do envolvimento na prática de branqueamento de capitais. Na Espanha, em 2008, a *Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal* e a *Brigada de Blanqueo de Capitales*, através da Operación Hidalgo, constatarem que escritórios de advocacia encarregavam-se de criar entes fictícios em Lichtenstein, entidades estas representadas pelos próprios advogados, que recebiam dinheiro ilícito e adquiriam bens imóveis em território espanhol. Cf.: *Idem, Ibidem*, pp. 58-59.

⁷⁵³ Os advogados podem atuar como verdadeiros testas de ferro, colocando dinheiro sujo em contas bancárias das quais são titulares. Cf.: Robero Durrieu. *El lavado de dinero en la Argentina*. Buenos Aires: Lexis Nexos, 2006. p. 25.

⁷⁵⁴ Na União Européia, a Diretriz 2001/97/CE (04.12.2001), do Parlamento Europeu e do Conselho, alterou a Diretriz 91/308/CEE do Conselho – dispõe sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para os

No Brasil, o Projeto de Lei nº 3443/2008 atribui nova redação ao art. 9º da Lei 9.613/98, indicando, em seu inciso XIV, entre as pessoas que devem notificar suspeitas de lavagem de dinheiro, as que prestam serviços de assessoria e consultoria, nas quais poderiam ser enquadrados os advogados.

A Doutrina não é pacífica quanto ao tema, havendo quem sustente que o sigilo profissional⁷⁵⁵ impede a atuação dos advogados neste sentido.

Por outro lado, há quem defenda que, nos casos de existir indícios do crime de lavagem de dinheiro, o sigilo profissional deve ser “flexibilizado” e o advogado deve notificar as autoridades competentes acerca das suspeitas sobre o seu cliente.

Juan Córdoba Roda⁷⁵⁶, quanto ao assunto, divide a atividade profissional do advogado entre assessoria legal aos clientes e atuação em nome destes em transações financeiras e/ou imobiliárias. Na assessoria, quando consiste em informar estritamente direitos e deveres, o ato consultivo do advogado está submetido ao sigilo profissional. No entanto, se o advogado age em nome dos clientes, não atua como defensor em um processo, tampouco presta assessoria jurídica, não estando submetido ao dever de sigilo.

Aránguez Sánchez⁷⁵⁷, ressaltando que a cooperação com a administração da justiça é dever fundamental do advogado, afirma que o ato de instruir o cliente sobre as formas de lavagem de dinheiro não constitui um exercício legítimo de um direito, devendo responder pela sua colaboração no delito.

Zaragoza Aguado⁷⁵⁸, por sua vez, ensina que a obrigação de comunicar operações suspeitas não pode ser imposta ao advogado quando a relação com o cliente se

efeitos de branqueamento de capitais –, inserindo, entre os colaboradores no controle dos ativos provenientes de atividades ilícitas, os que exercem atividade jurídica. A legislação portuguesa recepcionou a referida diretiva e, através da Lei nº 11/2004, inseriu expressamente a figura do advogado no âmbito da aplicação da política de prevenção à lavagem de dinheiro. Na Espanha, a Lei nº 10/2010 prevê ser o advogado um dos sujeitos com obrigação administrativa no combate à lavagem de capitais. O GAFI estendeu a aplicação das suas recomendações (40 Recomendações, 20.06.2003) a categorias de atividades e profissionais não financeiros, abrangendo de forma expressa os advogados. Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.*, pp. 59-60.

⁷⁵⁵ No Brasil, o descumprimento do dever de sigilo profissional é passível de sanção, vez que configura infração disciplinar (art. 34, inciso VII, Lei nº 8.906/94), podendo responder, ainda, o advogado pela imputação do crime de violação de segredo profissional (art. 154 do Código Penal).

⁷⁵⁶ Juan Córdoba Roda. *Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2006. pp. 41 e ss.

⁷⁵⁷ Carlos Aránguez Sánchez. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 258.

⁷⁵⁸ Javier-Alberto Zaragoza Aguado. *El blanqueo de capitales, la comisión culpable y las perofesiones jurídicas*. In: Jesús Julián Fuentes Martínez (org.). *Delitos económicos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 216.

desenvolve no curso de um processo, ou seja, na atividade contenciosa⁷⁵⁹. Nas outras atuações profissionais, como a atividade consultiva, a notificação deve ser realizada, mesmo quando é possível ser invocado o sigilo profissional.

De acordo com a obra de Rodrigo Sánchez Rios, o dever do advogado, na atuação consultiva, de vigilância e comunicação de operações suspeitas, é passível de causar a recusa deste serviço profissional, uma vez que o parecerista teria que verificar de forma efetiva a origem do possível cliente e de seus recursos⁷⁶⁰. Para o referido autor, que expressamente se opõe à inclusão do advogado na política de prevenção à lavagem de dinheiro, mesmo para a advocacia consultiva, seja na área tributária, societária ou civil, não condiz com o papel do causídico o arrolamento como denunciante do próprio cliente.⁷⁶¹

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles prega cautela quanto à possibilidade de denúncia de agentes de lavagem de dinheiro pelos próprios defensores. Isto porque há o risco de se criar uma autêntica confusão exagerada nos papéis sociais, onde o advogado exerce deveres policiais em relação aos seus clientes, e a polícia, por sua vez, deveres de vigilância frente aos advogados, ao invés de investigarem os clientes suspeitos de branqueamento de capitais⁷⁶².

Posicionamento jurisprudencial paradigma é o referente ao Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Processo C-305/05, Luxemburgo, 26.06.2007).

O processo originou-se de duas ações ajuizadas na Bélgica, nas quais restou requerida a declaração de nulidade de dispositivos da Lei belga de 12.1.2004, receptora da Diretriz 2001/97/CE⁷⁶³, sustentando que a obrigação dos advogados de informar às

⁷⁵⁹ A Diretriz 2001/97/CE, em seu art. 6.3, dispõe que os Estados-membros não são obrigados a aplicar o dever de notificação às autoridades competentes, em caso de suspeita de branqueamento de capitais, a profissionais da atividade jurídica no exercício de defesa de seu cliente em um processo judicial. Busca o dispositivo abranger, portanto, em tese, a advocacia consultiva. Cf.: Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.* p. 108.

⁷⁶⁰ *Idem, Ibidem*, pp. 125 e ss.

⁷⁶¹ *Idem, Ibidem*, p. 327.

⁷⁶² Javier Sánchez-Vera Gómez Trellez. *Blanqueo de capitales y abogacía*. Barcelona: Enero, 2008. p. 18.

⁷⁶³ Cf.: Diretriz 2001/97/CE: “(17) Todavia, sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da directiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas actividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento

autoridades competentes, a ciência ou suspeita de prática de crime de lavagem de dinheiro por seus clientes, viola os princípios do sigilo profissional e da independência do advogado, elementos essenciais do direito fundamental dos particulares a um processo equitativo e aos direitos de defesa.⁷⁶⁴

A *Cour d'arbitrage* da Bélgica questionou ao Tribunal das Comunidades Europeias se a obrigação imposta aos advogados realmente violava o direito ao um processo equitativo, garantido pelo art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e pelo art. 6º, nº 2, do Tratado da União Europeia.⁷⁶⁵

O Tribunal das Comunidades Europeias⁷⁶⁶ concluiu que “o advogado não estará em condições de assegurar adequadamente a sua missão de aconselhamento, defesa e representação do seu cliente, (...) se o primeiro, no âmbito de um processo judicial ou da sua preparação, for obrigado a colaborar com as autoridades públicas mediante a transmissão de informações obtidas em consultas jurídicas que tiveram lugar no âmbito desse processo”.

Por outro lado, o Tribunal posicionou-se a favor da Diretriz 2001/97/CE⁷⁶⁷, ressaltando “que as obrigações de informação e de colaboração só se aplicam aos advogados quando estes prestam assistência na concepção ou execução de determinadas transações, essencialmente de ordem financeira e imobiliária, referidas na alínea a), ou agem em nome e por conta dos clientes em quaisquer transações financeiras ou imobiliárias. Regra geral, pela sua própria natureza, essas atividades situam-se num contexto que não tem conexão com um processo judicial e portanto fora do âmbito de aplicação do direito a um processo equitativo.”

de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.”

⁷⁶⁴ Rodrigo Sánchez Rios. *Op. Cit.*, p. 110.

⁷⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 111.

⁷⁶⁶ Texto integral do Acórdão. Cf.: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=PT&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=634238>>

Último acesso em 15.12.2011.

⁷⁶⁷ A Diretriz 2005/60/CE esclareceu que a obrigação de informação e colaboração só se aplica ao profissional da advocacia consultiva: “(20) Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas actividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou quando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos.”

Diante dos posicionamentos acerca da criminalização da advocacia, verificam-se, tanto na responsabilização pelo recebimento de honorários possivelmente maculados como no dever de notificação da suspeita de branqueamento de capitais, evidentes conflitos de interesses. Assim, pondera-se se deve prevalecer a eficiência na punição dos crimes ou a proteção de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Para nós, independente da discussão se o defensor é obrigado ou não a comunicar a atividade suspeita de seu cliente, o dever de notificação administrativo não vincula a figura do advogado na evitação do resultado da lavagem praticada pelo seu cliente. Sustentamos que o dever de evitar o resultado deve ser específico, instituído por uma norma, que não necessariamente seja uma lei. Não há que se aplicar, portanto, nosso critério de imputação previsto no art. 13, § 2º, do CP.

Por outro lado, também defendemos a impunidade do defensor no recebimento de honorários produto de crime, desde que não haja um conluio prévio com o cliente, com o fim de auxiliá-lo na dissimulação da origem do dinheiro, não declarando devidamente o recebimento do dinheiro etc.

Como dissemos, a discussão não se limita ao crime de lavagem de dinheiro, podendo ser aplicado o mesmo debate à atividade do advogado parecerista.

8.1.4. Responsabilidade Penal do Advogado Parecerista

Entre as atividades privativas da advocacia, a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), em seu art. 1º, inciso II, assegura ao advogado a consultoria e assessoria jurídicas, sendo inviolável, nos limites da referida lei, por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 2º, § 3º, do Estatuto).

Várias podem ser as matérias tratadas na opinião legal do advogado, sendo hipótese comum o planejamento tributário⁷⁶⁸.

No que diz respeito à matéria tributária, dúvida surge na licitude da conduta

⁷⁶⁸ O planejamento tributário ou fiscal, freqüentemente elaborado por advogados, consiste em uma forma de organização direcionada à redução de pagamento de tributos por determinada empresa, dentro dos limites impostos pela lei. Cf.: Maria Elizabeth Queijo. *Op. Cit.*, p. 275. Seu intuito é apenas de reduzir ou anular a incidência tributária. Cf.: Matias Illg. *Planejamento tributário: estamos diante de uma conduta neutra?* In: Alberto Silva Franco; Rafael Lira (org). *Direito penal econômico - Questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

do advogado parecerista quando o Fisco ou o próprio Poder Judiciário julga sua estratégia fiscal, para reduzir ou suprimir o pagamento de tributos (elisão fiscal),⁷⁶⁹ fraudulenta.

Entende a doutrina que nestes casos, inexistente ilicitude no comportamento profissional do advogado que, de forma legítima, elabora parecer em matéria tributária, aconselhando o cliente a praticar determinada conduta, mesmo que esta não seja acolhida pelo Fisco⁷⁷⁰.

Isto porque advogado assim agindo pratica uma conduta legal e neutra⁷⁷¹, respaldada em meios ou mecanismos lícitos dispostos ou não vedados pela lei fiscal. A elaboração de um parecer⁷⁷² por um advogado representa um exercício regular de direito, uma vez que o ato de fornecê-lo está inserido dentro dos limites da lei.

Ao revés, se o advogado presta consultoria e ultrapassa o limite da legalidade, no caso de matéria tributária, abandonando os parâmetros do planejamento fiscal e aconselhando a prática de condutas que acarretem em evasão fiscal⁷⁷³, incorrerá no crime praticado pelo seu cliente, a título de participação, desde que a recomendação seja acatada e concretizada, nos termos do art. 31 do Código Penal⁷⁷⁴.

Ainda segundo a doutrina, se o advogado, entretanto, por imperícia ou imprudência (com culpa), recomenda que seja perpetrada conduta que venha a ser considerado um delito contra a ordem tributária, não há que se cogitar o concurso de pessoas, ou seja, que o parecerista seja responsabilizado conjuntamente com o cliente, visto não se admitir participação culposa em crime doloso.⁷⁷⁵

Sob nosso ponto de vista, como nos demais casos envolvendo as ações

⁷⁶⁹ A evasão fiscal decorre de conduta considerada ilícita perpetrada em momento posterior ao fato gerador. A elisão fiscal, diferentemente, é um recurso legítimo que se dá antes da verificação do fato gerador. Uma vez que o tributo não é exigível naquele momento, não há que se falar em ilicitude. Como exemplo, um planejamento pautado na criação de uma *offshore* em paraíso fiscal para transferir parte dos lucros da empresa. O ato de utilizar empresa *offshore* em país com tributação privilegiada não configura lavagem de dinheiro, tampouco evasão de divisas. Cf.: Matias Ilg. *Op. Cit.*, pp. 290-291. A utilização de paraísos fiscais como instrumento de transferência de recursos não constitui meio ilícito. Possui, apenas, a finalidade de minimizar custos e obrigações fiscais de uma sociedade multinacional, de acordo com os limites impostos pelas leis das jurisdições envolvidas no negócio realizado. Cf.: Rubens Fonseca Silva e; Robert E. Williams. *Tratados dos paraísos fiscais*. São Paulo: Observador Legal, 1998. p. 23.

⁷⁷⁰ Maria Elizabeth Queijo. *Op. Cit.*, p. 275.

⁷⁷¹ A elisão fiscal, por si só, não pode ser classificada como uma conduta neutra na esfera penal, uma vez que é um fim lícito e não contribui para um crime futuro. Cf.: Matias Ilg. *Op. Cit.*, p. 289.

⁷⁷² O parecer, elaborado ou não por um advogado, possui natureza jurídica de documento formal não vinculante. Não se trata de uma imposição ao cliente, mas apenas uma opinião, uma sugestão para atuar de determinada forma. Cf.: *Idem, Ibidem*, p. 292.

⁷⁷³ Maria Elizabeth Queijo. *Op. Cit.* p. 276.

⁷⁷⁴ Matias Ilg. *Op. Cit.*, p. 292.

⁷⁷⁵ Maria Elizabeth Queijo. *Op. Cit.* p. 276.

neutras, a questão a ser enfrentada é sobre a licitude do conteúdo do parecer, ou seja, se a conduta do advogado parecerista incrementou o risco de forma proibida da sonegação fiscal a ser praticada pelo seu cliente.

A Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento de *habeas corpus* (HC nº 97.012345-0), entendeu pelo trancamento de ação penal intentada contra advogados pareceristas em matéria tributária, pelo crime tipificado no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990. Os profissionais foram denunciados em concurso de pessoas com diretores de empresa que havia compensado ICMS devido, sem autorização da Administração ou do Poder Judiciário, reduzindo o tributo de forma ilegal.⁷⁷⁶

O Tribunal trancou a ação penal com o fundamento de que inexistiu dolo por parte dos advogados que realizaram a consultoria, visto que não instigaram ou cooperaram para a prática de crime contra ordem tributária. Restou reconhecido que os pareceristas atuaram eticamente na resposta às consultas requeridas, sendo invioláveis pelas manifestações prestadas.⁷⁷⁷

8.1.5. Posicionamento

Os dois primeiros casos referem-se a atividade do advogado parecerista, um em matéria licitatória e outro em matéria tributária.

Em qualquer uma das hipóteses, entendemos que o profissional parecerista não está vinculado a uma ou outra tese jurídica, podendo manifestar sua opinião em qualquer sentido, desde que dentro do risco permitido, mesmo considerando que o defensor público, pelos princípios que regem seu cargo, pode estar mais limitado no seu exercício que o defensor privado.

Nestes casos, o risco deixa de ser permitido quando nos seus argumentos há omissão ou dissimulação dolosa de situação fática capaz de alterar o conteúdo ou resultado de sua manifestação. O conteúdo de sua conduta é o que se aproxima de uma fraude, como quebra de confiança, que pode ser por meio de uma falsidade material ou ideológica.

⁷⁷⁶ *Idem, Ibidem.* p. 274.

⁷⁷⁷ *Idem, Ibidem.* p. 274.

Segundo nosso ponto de vista, o advogado parecerista ou consultivo, não está vinculado com a decisão de seu consulente. Pode inclusive expor as consequências de determinado crime em comparação com outro, o que os tribunais têm entendido necessário para tipificação de uma determinada conduta etc., sem que isso o comprometa como partícipe do crime que vier a ser praticado pelo seu cliente.

Em síntese, não está o advogado obrigado a evitar o resultado praticado pelo seu cliente nos termos do art. 13, §2º do Código Penal, utilizado por nós como critério normativo de imputação.

8.2. Julgado 3.

O próximo caso cuida do questionamento da responsabilidade penal de funcionária de instituição bancária que prestava assessoria financeira a um correntista, que utilizou nas operações financeiras dinheiro produto de crime.

De acordo com o inciso IV, do parágrafo 3º, do art. 1º da LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa⁷⁷⁸.

Dispõe também a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, que trata sobre os crimes de lavagem, que a pessoa jurídica que exercer atividade de “captação,

⁷⁷⁸ Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º (...).

§ 2º (...).

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – (...);

II – (...);

III – (...);

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – (...);

VI – (...).

§ 4º (...).

intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira” deverá “dispensar especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;”

Segundo o art. 11, as pessoas previstas no art. 9º, dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; e deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes, determinadas transações.

Mas nenhuma destas normas instituí um dever específico por parte do gerente do banco em evitar o resultado da lavagem de ativos. Os deveres de ordem administrativa não vincula juridicamente o profissional como garante da evitação do resultado como determinada o art. 13,§2º do Código Penal, o que implica em sua impunidade por consistir sua atividade em uma conduta essencialmente neutra.

8.3. Julgado 4.

Os representantes da empresa X, no que diz respeito a contratação dos serviços da empresa Y para transações em mercado de capitais, não são responsáveis pelas atividades ilícitas desta última, por não possuem dever jurídico específico de fiscalizar a idoneidade de sua contratada. Suas condutas são laborais, rotineiras e lícitas, portanto, impunes⁷⁷⁹.

8.4. Julgado 5.

⁷⁷⁹ Ao julgar o caso, no entanto, o juiz competente considerou que o simples fato de a empresa X ter contratado a empresa Y não seria suficiente para justificar a atribuição de responsabilidade penal dos responsáveis legais daquela empresa pelos atos desta. Isso porque, para que se configure a participação em crime doloso, é preciso que se verifique o dolo do partícipe – ou seja, o concurso de agentes exige a homogeneidade do elemento subjetivo, sendo inviável a participação culposa em crime doloso -; e, no caso em questão, eventual “negligência” de E.D.F. e R.F.S.S. ao fiscalizar as atividades da empresa Y não é suficiente para responsabilidade penal por crime doloso. Além disso, entendeu o magistrado que não ficou caracterizado o nexo causal entre a conduta dos denunciados e os delitos praticados pelos representantes da empresa Y. Dessa forma, E.D.F. e R.F.S.S. foram absolvidos das acusações.

Nos mesmos termos que o caso anterior, a profissional que cuida de traduzir notas fiscais que serão utilizadas em operações fraudulentas de sonegação fiscal, mesmo sabedora de toda trama, o que não se questiona nesta etapa de imputação, não tem dever jurídico de evitar o resultado, seja por lei ou norma, ainda que ética, assim entendia como regras técnicas de profissão.

8.5. Julgado 6.

Talvez seja este o caso mais paradigmático das ações neutras⁷⁸⁰. A conduta do taxista, por ser neutra, não será punida. Em sua profissão, pelo menos no Brasil, não há nenhuma norma específica que o impeça de transportar ou obrigue a delatar passageiro seu que se utiliza do transporte para a prática de crimes.

Entretanto, oportuno tratar neste momento da hipótese, que também pode ser estendida para os demais casos, da habitualidade de sua conduta, vale dizer, de rotineiramente o taxista, sabedor de sua impunidade, dedicar-se a atividade de transportar roubadores ou terroristas, por exemplo⁷⁸¹.

Em circunstâncias como estas, pensamos que o aspecto subjetivo deve ser levado em consideração, onde o conluio prévio implica no afastamento do risco permitido, de modo que a ação deixa de ser rotineira e lícita, não havendo que se falar em conduta neutra ou impune⁷⁸².

8.6. Julgado 7 e 8.

Os dois caso ambientais mencionados envolvem pessoas em situação jurídica distintas. Cuidaremos delas em separado.

⁷⁸⁰ Até por ser uma atividade “mais do que comum”. Veja que semelhante hipótese já foi objeto de estudo, inclusive, no Peru, em comentários feitos por José Antonio Caro John, a partir de uma sentença da Corte Suprema daquele país (*La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley, 2003).

⁷⁸¹ Excluímos aqui aquelas condutas cujo tipo penal prevê expressamente o transporte como crime, com é o caso de lei de drogas (Lei n. 11.343/2006), em vários de seus tipos.

⁷⁸² O Tribunal de Alçada Criminal absolveu o apelante, por entender que, para caracterização da co-autoria, não basta a simples presença física do agente no local do crime, sendo imprescindível que, subjetivamente, tenha ele plena consciência de que está “auxiliando” os demais na prática do delito. Nesse sentido, para que haja participação punível, exige-se a cooperação voluntária e consciente do agente, bem como um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal.

Não obstante, segundo nosso ponto de vista, novamente a questão aqui diz respeito à existência do dever jurídico de evitar o resultado do crime, no caso o dano ambiental.

No que tange ao dono do trator, em princípio, considerando inclusive o art. 2º da Lei n. 9.605/98, que prevê a figura do garante, garantidos para os crimes ambientais, sua conduta será neutra na medida em que o empréstimo, por si só, é uma ação cotidiana não havendo por parte dele específico de se evitar o dano ambiental de quem vai utilizar do equipamento⁷⁸³.

Pode acontecer, contudo, que neste tipo de atividade é muito comum a celebração de termo de ajustamento de conduta em que a parte se compromete a evitar o resultado. O termo poderá mencionar, p.ex., o compromisso de (i) “*exigir contratualmente dos produtores rurais, a partir da safra 2012/2013, que a produção e a comercialização de tabaco seja por eles realizada em conformidade com as normas ambientais vigentes e exigências das autoridades competentes*”, e (ii) “*no início de cada safra, orientar os produtores, por seus técnicos/instrutores agrícolas, visando alertar os fumicultores a atenderem o disposto na legislação ambiental brasileira, especialmente a utilização e a proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica*”.

O termo de ajustamento de conduta, como disposto acima, será norma nos termos do art. 13,§2º, obrigando seu celebrante a evitar o resultado, sob pena de sobre a imputação a título de participação, como defendemos em nossa tese, por violar o dever de solidariedade dando ensejo ao desvalor de sua omissão.

Por outro lado, e especificamente sobre o Caso 8, a Lei n. 6.404, de 1976, que dispõe sobre as Sociedade por Ações, estabelece que a administração de uma sociedade por ações será realizada por dois órgãos distintos: o conselho de administração e a diretoria.

A bicameralidade foi instituída, dessa forma, por lei e não por estatuto, o que reforça o caráter institucional do direito societário de modo a proporcionar maior segurança que outros sistemas “*no que toca não apenas à representação como aos deveres e às responsabilidades dos administradores, todos previstos com grande*

⁷⁸³ O.J.V foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 45 da Lei n. 9.605/98. Inconformado, apelou da sentença, sustentando que o mero empréstimo das ferramentas para que outra pessoa realizasse o corte da madeira não constituiria conduta punível. No entanto, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que o apelante tinha conhecimento do ato ilícito a ser cometido por P.M.M., e havia participado deste ato, na medida em que ficaria com metade de seu produto. Assim, a condenação foi mantida.

precisão, sem embargo da invocação da lei comum e da aplicação dos princípios gerais do direito.”⁷⁸⁴

Nos termos da referida Lei nº 6.404/76, a duplicidade de órgãos de administração da companhia é obrigatória nas companhias de capital aberto (art. 4º), nas sociedades de economia mista, e nas companhias que adotam o regime de capital autorizado, tanto abertas como fechadas. Essa obrigatoriedade não é aplicada para as companhias de capital fechado privadas de capital fixo (art. 239).

Diante disso, podemos depreender que a constituição de conselho de administração nas sociedades por ações é obrigatória, exceto para as companhias de capital fechado e fixo⁷⁸⁵.

O conselho de administração, órgão necessário nas sociedades de economia mista, nas companhias de capital aberto e nas que adotam o regime de capital autorizado, está investido do poder de deliberar sobre assuntos da administração social⁷⁸⁶.

Os membros do conselho de administração não tem competência individual nem deliberam isoladamente, embora caiba a cada um dos membros o poder de diligência junto aos diretores sobre assuntos de competência desse órgão.

Sendo um órgão colegiado e atuando com tal, suas decisões são tomadas por maioria de votos individuais, não tendo eficácia a vontade isolada, prevalecendo a

⁷⁸⁴ Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 5ª ed., vol. 3, p. 49.

⁷⁸⁵ Nesse sentido, Carvalhosa: “Daí o equívoco de se declarar que o regime de duplicidade orgânica da administração societária brasileira é optativo. Na realidade, a opção é residual, na medida em que apenas as companhias fechadas e de capital fixo é que podem deixar de constituir os dois órgãos de administração.” (*Idem, Ibidem*, p. 49).

⁷⁸⁶ A Lei nº 6.404/76 prevê em seu artigo 142, a competência do conselho administração, *in verbis*:

“Competência

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

§ 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.

§ 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver.”

vontade dos conselheiros majoritários, eleitos pelo controlador ou pela comunhão dos controladores.

Temos que o conselho de administração, pela competência conferida pela Lei nº 6.404/76, conforme acima disposto, é, assim como a diretoria, órgão decisório. Porém, as decisões do conselho de administração não possuem o mesmo alcance das decisões tomadas pela diretoria, pois são decisões internas da companhia. Ademais, o conselho de administração não representa a companhia perante terceiros, papel esse reservado à diretoria, como por exemplo, na celebração de contratos ou na representação da companhia em uma ação judicial ou procedimento administrativo⁷⁸⁷.

Como órgão da companhia, não possui personalidade jurídica, não tendo, em consequência responsabilidade perante terceiros⁷⁸⁸. Ademais não tem poder de representação da companhia, nem de, em nome dela, contrair obrigações de qualquer espécie.

Por outro lado, a diretoria é um órgão necessário em todas as companhias. Não é sempre um órgão colegiado na medida em que os seus membros têm funções estatutárias que devem individualmente cumprir, com total responsabilidade pessoal pelos atos praticados no exercício dessas mesmas funções, independentemente do ônus da solidariedade, nos casos e circunstâncias previstos expressamente em lei.

Os diretores acumulam, no exercício de seus cargos, as funções de gestão e de representação da companhia, de acordo o que dispuser para cada um deles o estatuto social.

A questão que se envolve neste caso mais se aproxima da hipótese da alínea 'b' do §2º, do art. 13. Não havendo disposição específica para evitar o resultado danoso ao meio ambiente, a análise cingir-se-á na prova de que o membro do conselho tinha ciência da operação realizada e de seus riscos, a aprová-la nos termos de sua competência conforme citado acima. A partir do momento em que isto ocorre, passa a ele a ser responsável pela operação, de modo a evitar o resultado danoso.

⁷⁸⁷ Modesto Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 5ª ed., vol. 3, p. 56.

⁷⁸⁸ Garrigues-Uría. *Comentario a La ley de sociedades anónimas*, Madrid, Aguirre, 1976, v 2, p. 13

Obviamente, a análise que fizemos foi objetiva. Se todas as cautelas foram tomadas e, mesmo assim, por conta de imprudência de terceiro executor o dano aconteceu, não há que se falar em participação criminosa⁷⁸⁹.

8.7. Julgado 9.

A esposa que abre a porta para que vingadores de seu marido o matem, passa a ser partícipe do crime na medida em que sua conduta, aparentemente neutra, incrementou ou risco proibido na medida em que em razão dos deveres conjugais, tinha obrigado de impedir o resultado nos termos da alínea “a”, do §2º do art. 13⁷⁹⁰.

8.8. Julgado 10.

Diferentemente do exemplo anterior, a esposa do terrorista do ETA, que lava as roupas de um sequestrado, não tem o dever jurídico de evitar a manutenção do sequestro. Sua ação é neutra e impune, de acordo com nosso critério proposto⁷⁹¹.

8.10. Julgado 11.

Entendemos que ação do jornalista é neutra e que, em nenhum momento, o incremento do risco de eventuais revanches por conta da sua notícia foi proibido. Até

⁷⁸⁹ No caso citado, condenado, A.A.F recorreu da sentença, sob o argumento de que não participou da realização do ato ilícito. Os Tribunais superiores, no entanto, confirmaram a sentença de primeiro grau, entendendo que a Lei n. 9.605/98 estipula que, nos casos de crimes ambientais, a conduta omissiva tem relevância penal; devendo responder como partícipe aquele que, no exercício de cargo de direção ou mando, tomar conhecimento da conduta criminosa e não impedir a sua ocorrência.

⁷⁹⁰ E. foi impronunciada, por entender o juiz competente que o simples fato de ela ter aberto a porta de sua casa para seu irmão, sem que se demonstre uma adesão subjetiva ao dolo dos autores do delito, não serve de indício para sua participação no homicídio, nem configura o indício mínimo exigido pela lei penal para pronunciá-la.

⁷⁹¹ O Tribunal Supremo anulou a sentença de primeiro grau, considerando que as condutas da recorrente não eram puníveis, uma vez que o simples ato de lavar a roupa do seqüestrado, bem como seu *status* de proprietária do veículo utilizado na sua libertação, não configuram, em si mesmos, um aumento no risco da produção do resultado antijurídico perseguido pelos autores dos delitos; nem possuem qualquer relação causal co tais delitos – ou seja, o seqüestro teria se realizado da mesma forma, tivesse ou não T. lavado as roupas do seqüestrado, ou fosse ou não a proprietária do referido veículo.

mesmo porque, ínsita a sua atividade está o compromisso com a notícia ao público, tendo em vista o dever de informar. A informação por ele prestada e suas consequências eram necessárias, inclusive, para o conhecimento da polícia que poderia muito bem tomar várias medidas de segurança, para quem quer que seja⁷⁹².

8.11. Outras hipóteses

8.11.1. O contador

Sobre o contador, o Decreto-Lei 9.295 de 1946, que cria o Conselho Federal de Contabilidade e define suas atribuições, mas não dispõe sobre sua responsabilidade. No entanto, o Código Civil, na “Seção III - Do Contabilista e outros Auxiliares”, trata das responsabilidades civis dos contadores (prepostos), definindo que são eles os responsáveis pelos atos relativos à escrituração contábil e fiscal praticados, e ao mesmo tempo, respondem solidariamente quando praticarem atos que causem danos à terceiros.

A RESOLUÇÃO CFC Nº 803/96, aprovou o Código de Ética Profissional do Contador (art. 2º), veda ao contador “manter Organização Contábil sob forma não autorizada pela legislação pertinente (VI); concorrer para a realização de ato contrário à legislação ou destinado a fraudá-la ou praticar, no exercício da profissão, ato definido como crime ou contravenção (VII).

Em relação a lei de lavagem, como já mencionado, caso o Projeto de Lei n. 3443/2008 seja aprovado, terá ele o dever de notificar as atividades suspeitas⁷⁹³.

Não há, contudo, nenhuma norma específica que crie vínculo jurídico do contador com o autor de crime no sentido de se evitar o resultado.

⁷⁹² O julgador do caso considerou que F.J.V.S., com sua conduta, criou grande risco para a integridade física dos indivíduos mencionados na matéria; e que a ocorrência de represálias contra estes era fato previsível, dada a realidade social da época e do local em que viviam tanto o jornalista quanto as vítimas. No entanto, entendeu o julgador não ser possível a condenação de F.J.V.S. pela conduta de participação no homicídio em sua forma culposa, uma vez que os autores deste delito haviam sido condenados pela sua forma dolosa. Por isso, o jornalista foi condenado por tipo penal distinto, menos gravoso – o de imprudência temerária profissional. O Tribunal Constitucional espanhol confirmou a sentença em grau de recurso.

⁷⁹³ Sobre o tema, ver ADRIASOLA, Gabriel. El rol del contador público en el modelo de prevención y represión de lavado de dinero. Publicado em www.ccee.edu.uy/ensenian/catacper/Contadores_lavado.pdf, último acesso dia 12.11.2011.

8.12.1. Criminal *compliance*

8.12.1.1. Esclarecimentos terminológicos

Segundo o Dicionário Oxford Advanced Learner's, 8th Edition, Oxford University Press, *compliance* consiste na prática de obedecer a regras ou requisições/mandamentos emanados de autoridades. Também pode ser encarado como prática para assegurar total obediência à lei⁷⁹⁴.

O substantivo sob comento tem sido utilizado em vários contextos sociais, com p.ex., o *home care* ou assistência domiciliar na área médica. EVANGELISTA chegou-se a sustentar que a definição de *compliance* cuidava de um “fenômeno” um tanto quanto complicado em razão das diferentes perspectivas tomadas por diversas disciplinas⁷⁹⁵.

Tema da moda no âmbito empresarial, o termo (no idioma inglês) tem sido utilizado no contexto da chamada governança corporativa (*corporate governance*), assim entendida como “o sistema que assegura aos sócios-proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre a propriedade e a gestão se dá através do conselho de administração, a auditoria independente e o conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa governança corporativa garante equidade aos sócios, transparência e responsabilidade pelos resultados (*accountability*).”⁷⁹⁶

Em 1990, no Canadá, foi fundado o *Institute On Governance – IOG* (www.iog.ca), organização sem fins lucrativos, cuja missão é explorar, compartilhar e promover boa governança corporativa no Canadá e no exterior, ajudando governos,

⁷⁹⁴ *In verbis*: “the practice of obeying rules or requests made by people in authority: procedures that must be followed to ensure full compliance with the Law”

⁷⁹⁵ Em seu artigo, tratou a referida autora da atuação de enfermeiras, particularmente no que concerne ao desafio de estabelecer relação profissional com os pacientes considerando as escolhas/decisões dos mesmos e as orientações dos médicos encarregados dos respectivos tratamentos (Lorraine S. Evangelista. *Wiley Online Library* – www.onlinelibrary.wiley.com – Evangelista, L.S. 1999, Compliance: A Concept Analysis. *Nursing Forum*, 34: 5-12).

⁷⁹⁶ De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC (www.ibgc.org.br), fundado em 1995.

organizações engajadas no voluntariado, os setores público e privado, bem como comunidades a colocá-la em prática para o bem estar de cidadãos e sociedade.

No presente trabalho será demonstrada a importância do *compliance* no ambiente corporativo privado, numa época em que, cada vez mais, condutas éticas e responsáveis são exigidas das organizações, consequência natural diante da complexidade social já demonstrada no capítulo sobre o dever de solidariedade. Veja os recentes casos do WorldCom e Enron⁷⁹⁷.

Nesse cenário, prevenir riscos de descumprimento de normas, inclusive corrupção e lavagem de dinheiro, é uma das principais atividades do executivo *Chief Compliance Officer (CCO)*.

O *Chief Compliance Officer (CCO)*, é denominado o cargo em que o profissional, no exercício de sua função, cuida da prevenção de riscos. Não cabe a ele, portanto, à da reparação de danos. Mais um reflexo da sociedade moderna, diante até mesmo das sofisticadas fraudes etc., sua presença tem sido imprescindível no ambiente corporativo.

Nas palavras de Saavedra, o profissional encarregado do *compliance* (o *Compliance Officer*) funcionaria como “um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade” o que seria “quase-tautológico”, já que “afirmar que a empresa tem de se adequar às leis é uma trivialidade”⁷⁹⁸.

Não obstante, a atividade organizada de *compliance* surgiu nas instituições financeiras por ocasião da criação do Banco Central dos Estados Unidos, em 1913. Com o *crack* da bolsa de valores daquele país em 1929, foi desenvolvida a conhecida política intervencionista do *New Deal* que objetivou “corrigir as distorções naturais do capitalismo”⁷⁹⁹. Hoje, como se sabe, o *compliance* não é exclusivo das instituições financeiras.

8.12.1.2. *Compliance* e outros cargos corporativos

⁷⁹⁷ Apenas para citar dois exemplos de empresas privadas que vieram a falir em função de fraudes perpetradas no seu ambiente interno.

⁷⁹⁸ Giovani A. Saavedra. “Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance”. In *BOLIBCCrim*, n. 229, ano 19, p. 13-14.

⁷⁹⁹ *Compliance no Brasil*, de autoria de Vanessa Alessi Manzi, Editora Saint Paul, 2008, p. 27.

Não confunde a *compliance*, em termos corporativos, com outros cargos típicos do organograma empresarial.

Apesar de se complementarem as atividades de *compliance* não se confundem com a auditoria interna. Enquanto a auditoria efetua os seus trabalhos de forma aleatória e periódica, com base em amostras, com o objetivo de verificar o cumprimento das normas estabelecidas pela administração da empresa, geralmente no que concerne a fatos que interessem à elaboração das demonstrações financeiras, o *compliance* exerce sua atividade de forma rotineira e constante visando à certificação de que todas as unidades do negócio agem em consonância com as regras que se lhes aplicam.

Igualmente não se confunde, apesar da semelhança, com as atividades do departamento jurídico. Enquanto o Departamento Jurídico fornece a orientação, elabora contratos e outros documentos legais, o *compliance*, verifica se as determinações do setor jurídico são seguidas, entre outras atividades.

Também merecem destaque as diferenças tênues entre as atuações das áreas de *compliance* e controles internos das empresas (*internal controls*). Em linhas gerais, enquanto os controles internos existem para prevenir ou mitigar riscos, a área de *compliance* avalia e verifica se tais controles são eficientes.

8.12.1.3. A exigência ética no âmbito corporativo

Antes de tudo, cuida o *compliance* de resguardar o comportamento ético no âmbito corporativo. Neste sentido, entende-se que a empresa não é apenas uma entidade jurídica com objetivo próprio, são também entidades éticas, orientada por valores determinados que se exteriorizam por meio de padrões e melhores práticas, “que lhes dão uma certa identidade e unidade de sentido”⁸⁰⁰.

A razão da deste conteúdo ético nas práticas corporativas decorre dos efeitos da atividade empresarial que, na sociedade moderna, podem provocar consequências que afetam a comunidade como um todo, e não somente dos funcionários ou consumidores.

⁸⁰⁰ Marcelo de Aguiar Coimbra e Vanessa Alessi Manzi (*Manual de Compliance*, Editora Atlas, 2010, p. 13).

Ao compliance cabe, dessa forma, desenvolver a metodologia, as técnicas e os mecanismos para integrar a ética na estratégia, decisões e ações da empresa⁸⁰¹.

A referidas exigências éticas para serem implementadas, têm sido objeto de várias instrumentos legislativos no contexto internacional, cujo modelo deixou de ser uma opção para empresa.

8.12.1.4. Arcabouço legal das regras éticas dos programas de *compliance*

As mais conhecidas regras são as *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, *Sarbanes-Oxley Act* e *Dodd-Frank Act*, impostas a empresas situadas nos Estados Unidos da América, onde delas se exige detalhados e rigorosos programas de *compliance*.

Assim, p.ex., dispõe o artigo 404, da referida *Sarbanes-Oxley*, que as empresas de capital aberto assegurem comportamento ético de seus profissionais e candidatos, bem como determinem mecanismos para identificação, mitigação, exame das consequências e prevenção de comportamentos ou atitudes inadequadas.

Seu reflexo no contexto brasileiro decorre de que empresas situadas no Brasil como subsidiárias no exterior, também têm sido submetidas a tais procedimentos ou mecanismos de controle de cumprimento de regras, por meio de sua matriz⁸⁰².

Depois da recente crise mundial que afetou as aludidas instituições (devida, em parte, a práticas arriscadas de bancos), líderes do G20 pleitearam aos órgãos reguladores e bancos centrais que redefinissem regras mais rigorosas sobre proteções

⁸⁰¹ *Idem, Ibidem.*

⁸⁰² Neste sentido, observe manifestação de filial brasileira de empresa de auditoria: “atenção especial deve ser dedicada ao compliance: entender se a atual e as futuras regulamentações do FATCA estarão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. É aconselhável todo cuidado em relação às implicações decorrentes de eventual quebra de sigilo bancário ou encerramento de clientes US persons e demais relações comerciais entre os bancos brasileiros afetados pela norma norte-americana e seus correntistas”. Segundo pesquisa por ela apresentada inda de acordo com a KPMG International, estudo conduzido em 69 países “*mostra o enfraquecimento das estruturas de controle como fator relevante para a ocorrência de fraudes. A fragilidade dos mecanismos de prevenção e detecção esteve na raiz de 74% dos casos de desvios analisados, ante um percentual de apenas 49% na pesquisa realizada em 2007*”. Segundo a consultoria, apesar de as indicações de perigo de fraude (*red flags*) terem “crescido de 45%, em 2007, para 56%, o estudo constata que apenas 6% delas foram analisadas, contra os 24% da pesquisa anterior. Os números permitem concluir que as corporações estão negligenciando os sinais de alerta. A análise da KPMG mostra que 96% das fraudes investigadas não eram fatos isolados, contra os 91% de 2007. Também chama a atenção o aumento das fraudes cometidas por vários cúmplices. A tendência de formação de grupos de fraudadores foi registrada em todas as regiões analisadas, atingindo 66% nas Américas, 58% na Ásia e Pacífico e 59% na Europa” (*Who is the typical fraudster?*, referido em matéria publicada nas páginas 14 a 17, da KPMG Business Magazine, novembro de 2011).

contra futuras crises, mais especificamente voltadas ao capital das instituições financeiras.

O setor financeiro, especificamente, está submetido ao *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*. De acordo com essas regras, determinadas instituições espalhadas pelo mundo (as *Foreign Financial Institutions – FFIs* e *Non Financial Foreign Entities – NFFEs*) deverão prestar informações financeiras relativas a cidadãos e empresas estadunidenses a autoridades daquele país, com o objetivo de prevenir evasão fiscal nas conhecidas contas *offshore*.

O combate à fraude e corrupção por meio de boas práticas de governança corporativa (dentre elas o compliance) tem sido associado à noção de responsabilidade social empresarial.

Assim, o 10º Princípio do Pacto Global das Nações Unidas estabelece que *as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e propina (Controladoria Geral da União, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade Contra a Corrupção. A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção, 2009).*

8.12.1.5. Compliance e direito penal

Apresentados os esclarecimentos acima, a dúvida surge em relação a responsabilidade do *compliance* quando descumpre os deveres de sua função, omitindo em tomar as medidas necessárias para se evitar os crimes. Passa a ser ele partícipe dos delitos perpetrados no ambiente da empresa?

Segundo nossa posição, a conduta do compliance é neutra e deve permanecer impune. Isto porque nenhuma das disposições acima criou um dever específico que o obrigada a evitar resultados criminosos no ambiente corporativo. A mesma afirmação vale para as disposições da Lei n. 7.492/86 (art. 16 e 22) e 9.613/98. Deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle etc. não implicam no dever específico de evitar o resultado⁸⁰³.

⁸⁰³ Sobre o tema e as posições a respeito, conferir Giovani A. Saavedra. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo : IBCCRIM, ano 19, n. 226, p. 13-14,

Por outro lado, afora a possibilidade de incriminação nos termos do art. 13,§2º, do Código Penal, a depender de norma específica que crie o vínculo jurídico de evitar o resultado, nada impede que seja elaborado um tipo específico para tais casos.

9. CONCLUSÕES

Da presente tese podem ser extraídas as seguintes conclusões.

1. Condutas neutras são aquelas que, apesar de consistirem em contribuições socialmente rotineiras, profissionalmente adequadas, estando conforme o convívio social, ao se relacionarem com um autor de crime suscitam dúvidas sobre sua licitude.

2. Além de objetiva, a relação com o autor do crime na conduta *a priori* neutra se dá subjetivamente, ou seja, deve haver conhecimento do agente neutro de que sua ação pode, direta ou indiretamente, produzir um resultado lesivo.

3. As condutas neutras são ubíquas, vale dizer, são ações que acontecem a qualquer hora, em qualquer lugar, praticadas por qualquer pessoa.

4. As condutas neutras podem ser consideradas como de *eventual cumplicidade*, tratando-se, portanto, de um problema de participação criminal, em sentido estrito, ou de concurso de pessoas em sentido amplo.

5. Em relação ao concurso de pessoas, em sentido amplo, dois modelos podem ser aventados: o unitário e o diferenciador.

6. No modelo unitário não existe diferença (formal) entre autor e outros intervenientes. Quando muito, há diferença (substancial) entre autores. Ele se encontra vinculado ao conceito extensivo de autor.

7. No sistema diferenciador, existe a diferença entre autoria e participação criminal, onde somente determinados *intervenientes* poderão ser considerados *autores*, ou seja, aqueles que realizam a conduta diretamente subsumível no tipo ou que possuam domínio do fato. Está vinculado a este modelo o conceito unitário de autor.

8. As teorias normativistas radicais não diferenciam, pelo menos no plano da tipicidade, a figura do autor e do partícipe. No entanto, sua colocação só tem sentido no sistema funcionalista a qual pertence, que não foi adotado na presente tese.

9. Aparentemente, o Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, mantendo a redação original do Código de 1940, teria previsto o sistema unitário de concurso de pessoas, não apresentando distinção entre os intervenientes.

10. No entanto, o art. 31 do Código Penal deixa claro, ao dispor sobre o princípio da acessoriedade, que o Brasil acolheu o sistema diferenciador, vale dizer, estabeleceu as distinções entre autoria e participação criminal.

11. As modalidades da participação criminal são: a instigação, que subdivide-se em *determinação* (faz surgir no autor direto a resolução criminosa) e a instigação em sentido estrito (conduta de reforçar a resolução do crime), e a cumplicidade, assim entendida como a colaboração de ordem material ao delito. O problema das ações neutras foi tratado nesta tese a partir da cumplicidade e da instigação propriamente dita.

12. O que diz respeito à responsabilidade dos *intervenientes*, o que não se confunde com os modelos diferenciadores e unitário, podemos mencionar duas teorias: a dualista e a monista.

13. Código adotou a teoria dualista, punindo de forma diferenciada os intervenientes, de acordo com o aumento do risco pelo partícipe ao ataque do bem jurídico pelo autor (art. 29, §1º, do Código Penal).

14. A participação criminal em sentido estrito (existente no sistema diferenciador) pode ser tratada em dois limites, denominados de máximo ou para cima, e mínimo, ou para baixo.

15. No limite para cima, ou máximo, analisa-se a diferença entre a participação e a autoria. Em seu limite mínimo, a problemática reside em distinguir as condutas que estão na fronteira entre a participação criminal e a impunidade.

16. A problemática das ações neutras se insere no limite mínimo, ou para baixo.

17. Para enfrentar a questão do limite mínimo da participação criminal deve-se partir do fundamento material ou do injusto da participação criminal.

18. Existem várias teorias a respeito do fundamento do injusto da participação, podendo ser divididas entre aquelas quem vêem a participação como um ataque contra o

autor principal, e as que fundamentam a pena do partícipe na sua contribuição à lesão do bem jurídico (teorias da causação), ou seja, no fato do autor.

19. Entre as teorias da causação, a mais adequada à sistemática brasileira e a solução que apresentamos à problemática das ações neutras é a teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido.

20. Entre as características da referida teoria está a aceitação de que o injusto do partícipe é parte do autor principal e outra parte dele mesmo, com características especiais. Desta diferença, é possível afirmar que o desvalor da ação do partícipe surge a partir de critério próprios na imputação.

21. Entendemos que no caso das ações neutras, ou no limite para baixo, o injusto da participação está no princípio da solidariedade humana, ou na falta dele, vale dizer, no agir ou omitir de modo a permitir que o resultado seja impedido ou evitado de alguma maneira.

22. Esta solidariedade é objetiva, assim consistindo num elemento chave para a integração social, ou seja, é o que garante coesão, em maior ou menor grau, da sociedade, e independe da vontade dos homens (Durkheim).

23. Nos tempos modernos houve um estreitamento dos vínculos sociais surgindo espaços de difícil controle e monitoramento (sistemas peritos). Por serem altamente especializados, onde todos dependem da ação idônea desses peritos (sistemas de internet, informação etc.) e podem potencialmente ser afetados pela sua ação ilícita, implicam numa maior solidariedade.

24. Todas estas circunstâncias provocam a necessidade de se tutelar a solidariedade humana, mas não de modo a criar uma cultura punitiva em que um passa a ser vigia do outro, sob pena de ser punido criminalmente (Garland). O “dever de solidariedade” não pode ser transformado em uma punição generalizada do “dever vigilância”.

25. Somente a solidariedade objetiva pode ser tutelada penalmente e sua positivação dependerá do preenchimento de determinados requisitos e condições.

26. A análise do desvalor da ação do agente neutro por faltar ou não com a solidariedade vai depender, portanto, do fenômeno da imputação penal.

27. A imputação objetiva surge como um critério essencial de análise aplicável também à participação criminal. Nesse sentido, o autor pode criar o risco para prática do crime, ao passo que o partícipe pode incrementá-lo com sua contribuição.

28. O ponto fundamental para se estabelecer a punição do partícipe é definir se o incremento do risco foi ou não proibido, o que pode ser verificado por vários critérios normativos.

29. Entendemos que o critério para a imputação objetiva das ações neutras no limite para baixo deva ser o art. 13, §2º, do Código Penal, por ser o dispositivo que trata diretamente da questão da falta do dever de solidariedade em nossa legislação.

30. O art. 13, §2º, do Código Penal não tem natureza, nos casos tratados na presente tese, de norma de extensão, e sim de critério principiológico normativo na imputação objetiva do partícipe para avaliar se o incremento do risco foi ou não permitido.

31. Os requisitos de imputação do critério principiológico do art. 13, §2º, do Código Penal são aplicados integralmente na tipicidade da participação neutra, inclusive no que diz respeito ao aspecto subjetivo.

32. Finalmente, a solução por nós defendida está em consonância com a missão do direito penal, entendida como a proteção de bens jurídicos, o que implica dizer, punir as ações perigosas que ultrapassam o incremento do risco permitido, na medida em que violam o dever de solidariedade objetivo, assim reconhecido pelo legislador brasileiro no art. 13, §2º, do Código Penal.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Vinícius Espírito Santo de. *Erro e concurso de pessoas*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

ALVES, Roque de Brito. *Da co-autoria*. Prova escrita do concurso para a cátedra de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade do Recife, realizada em 4 de agosto de 1959, Recife: Imprensa Industrial, 1960, p. 6-21.

_____. *Direito penal*. Recife: Labograf, 1976.

AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas*, Buenos Aires, n. 3, p.107-121, 2003.

_____. *Direito penal – fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

_____. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 8, p.195-206, jul. 2001.

_____. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p.23-32, 2003.

_____. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 7/8, n. 11, p.491-501, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed., 1999.

BACIGALUPO, Silvina. Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y el delito de administración desleal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 2ª época, n. 1 extraordinario, p. 353-363, 2000.

_____. *Autoría y participación en delitos de infracción de los negocios*. Marcial Pons, 2007.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. Algunos aspectos conceptuales de la inducción: a propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 42, n. 3, p. 1.091-1.123, 1989.

BARBOSA, Aldeleine Melhor. *Porque adotar a teoria da acessoriedade extremada da participação in BOLIBCrim*, n. 191, out. 2008.

BASTISTA, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4º ed., 2008.

BATISTA, Nilo. *A criminalização da advocacia*. Revista de Estudos Criminais, Ano IV, nº 20, 2005.

BECH, Ulrich. *La sociedad de riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Considerações acerca dos sujeitos ativos dos crimes omissivos impróprios: o elenco de garantes do art. 13, par. 2, do código penal brasileiro*. In: CIÊNCIA penal: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito – uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites de la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2008.

BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría e participación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*. Vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BÜLLESBACH, Alfred. “Saber jurídico e ciências sociais”. In: A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 481-482.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas – tomo I – Derecho Penal – parte general*. Lima: ARA, 2004

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CALLEGARI, André Luís. *Concurso de pessoas: teorias e reflexos no código penal*. In:

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico penal e política criminal*. São Paulo, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Centro de Publicaciones, Tomo XLVI, fascículo II, maio/agosto de 1993.

CARO JOHN, José Antonio. La impunidad de las conductas neutrales: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, p.421-450, 2005.

CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista*. Lima: Ara, 2010.

_____. *Normativismo e imputación jurídico-penal – estudios de derecho penal funcionalista*. Lima: Ara, 2010.

CASTRO, Renato de Lima. Alguns aspectos dos crimes omissivos. *Revista Jurídica*, Jataí, v. 51, n. 304, p.71-84, fev. 2003.

CORCINO BARRUETA, Fernando. Coautoría, imputación objetiva y semántica social *in Imputación normativa – aspectos objetivo e subjetivo de la Imputación Penal*. Resistencia: Contexto, 2011.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Paulo José da. *Nexo causal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Domingos Barroso da; PAIVA, Daniela de Fátima. Da necessidade de adoção da teoria da acessoriedade máxima em relação à participação, pelos adeptos do conceito analítico de crime: uma questão de coerência. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 107, p.3-5, jan./mar. 2011.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Nacional, 1930.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 2^a ed., rev. e atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado: acompanhado de comentários*,

jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *O concurso de pessoas*. Ciência Penal, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p.79-105, 1981.

_____. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DURKHEIN, Émile. *Regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro. *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no moderno direito penal brasileiro*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1947.

FERREIRA, Ivette Senise. *Concurso eventual de pessoas*. FOLHAS. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; *et al.* *Direito penal brasileiro; parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro*, n. 33, p.41-47, jan./jun. 1982.

FRANCO, Ary Azevedo. *Direito penal – apontamentos de um curso*. Rio de Janeiro: Almeida Marques & C., 1934.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vol. 1, tomo I.

FURQUIM, Luiz Dória. O concurso de agentes, com especial referência à autoria mediata, em face do novo Código Penal *in Justitia*, vol. 74, p. 67-80, 1971.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, , vol. I, tomo I, p. 501-502.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 204-205.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2ª ed..

GOMES, Luiz Flávio. Conceito de autoria em Direito Penal. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p.46-47, out./dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Espécies de autoria em Direito Penal. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p.53, jan./mar. 2007.

GOMEZ RIVERO, Maria del Carmen. *La induccion a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GÓRRIZ ROYO, Elena Mª., *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 2008, p. 136.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. In: Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 8, fac. 32, p. 120-163, out.-dez. 2000.

_____. *in Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. ROXIN, Claus. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: o que é isso?* Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 20.10.2003.

_____. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2007.

_____. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *A tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Crime: essência e técnica *in Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, jul./agost/set. de 2002, p. 11-12.

_____. Intuição e sua prova processual *in Boletim IBCCrim*, jul. de 2003, p. 9-10.

GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. “Da co-autoria do novo direito penal brasileiro”. In: *Direito – doutrina, legislação e jurisprudência*, ano V, jul./ago. De 1944, vol. XXVIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 65-141.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia: Tirant lo Blach, 2001.

GUZMÁN, Nicolás. Conductas neutrales y participación en el delito: apuntes sobre el estado actual de la discusión. In: _____ (coord.). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 275-326.

HÖFFE, Otfried. “Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo”. In: A. Eser *et al.* (orgs.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. 1, tomo 2º, 3ª ed. rev. e atual..

JAKOBS de modo parcial, in, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría da pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *La imputación objetiva en derecho penal*. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JOHN, José Antonio Caro. La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. In: **NUEVA doctrina penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 421-450.

JESUS, Cristina Naves de. A participação de menor importância no concurso de pessoas. *Revista Jurídica da Unisul*, Tubarão, v. 5, 9/10, p.37-65, jul./jun. 2003/2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

JULIO FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: Depalma, 2ª ed., 2004.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LACAVA FILHO, Nelson. *Responsabilidade penal do médico*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LANDROVE DÍAZ , Gerardo. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva em la actividad laboral ‘cotidiana’: contribución al ‘límite mínimo’ de la participación frente a los ‘actos neutros’*. Granada: Comares, 2002.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e participação criminal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2ª ed., 2010.

LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LOPEZ PEREGRIN, Maria Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. La accesoriedad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 9A, p.403-414, set. 1999.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

LÜDERSEN, Klaus. La figura del tipo del partícipe. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 7, p.145-166, dez. 1997.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José. Autoría y participación en los delitos económicos: puede constituir participación penalmente relevante la realización de una actividad cotidiana en el tráfico jurídico-económico - una cuestión para el debate. In: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. p.271-323.

MAYER, Max Ernest. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: B de F, 2007

MARAVÉ GÓMEZ, Mario. Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad in *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Coord. Nelson Salazar Sánchez. Lima: Idemsa, 2007, p. 470.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAURACH, Reinhart; BOFILL GENZSCH, Jorge (Tradutor); ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz (Atualizador). *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2, p. 414;

MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel Nicolas. Las conductas "neutrales" y los límites de la participación criminal como problema de imputación objetiva en el Derecho Penal. In: AVALOS RODRIGUES, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (coord.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 643-711.

MENEZES, Luzia de Fátima Ragazini Azevedo. *Concurso de pessoas nos crimes omissivos*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2002.

_____. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria editor, 2005.

MONTEIRO, Henrique Salinas. *Comparticipação em crimes especiais no código penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro*, n. 33, p.5-29, jan./jun. 1982.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. *Concurso de pessoas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NETTO, Alamiro V. Salvador. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito penal – parte geral*. Tamboré: Manole, 2003.

_____. *Ingerência indevida – os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Granada: Comares, 1998.

_____. Esteban Juan. La autoría y la participación en el código penal español de 1995 y en la reciente reforma penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p.151-178, 2006.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNANDES, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 169-206.

_____. Mercedes. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las conductas neutrales: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: HOMENAJE al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Civitas, 2005, p. 789-835.

PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 16, p.37-42, out./nov. 2002.

PEREIRA, Marcelo Matias. *Concurso de pessoas no crime de auto-aborto*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª ed., 2009.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 644.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas – contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código pena brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

RANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Civitas, 1990.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REBOLLO VARGAS, Rafael. Algunas consideraciones sobre autoria y participacion en los delitos especiales: particular referencia al delito de tortura. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 53, p. 133-168, 2000.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. Apuntes sobre la transmisibilidad de circunstancias personales entre autores y partícipes. In: AVALOS RODRIGUES, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (coord.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 885-919.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las “condutas neutrales” em direito penal. La discusión sobre los límites de la culpabilidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 190-228, 2008.

_____. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madri: Marcial Pons, 2006.

_____. *Límites de la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2007.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho penal – parte general*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

_____. Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal*, Barcelona, n. 19, p.152-161, jan. 2007.

_____. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008. t.2. ISBN 978-84-96261-49-5. p.1543-1558.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*, Barcelona, n. 18, p.242-248, jul. 2006.

_____. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p.11-20, jul./ago. 2011.

_____. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, n. 3, p.99-130, abr./jun. 2003.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 3, p.501-532, set./dez. 1973.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. “Las “condutas neutrales” em direito penal. La discusión sobre los límites de la complicitade punible”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano: 2008, vol. 16, num. 70, p. 197.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Cumplicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. *Derecho penal contemporáneo – Revista Internacional*, Bogotá: Legis, abril-junho de 2003.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Lima: IDEMSA, 2007.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do código penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SCHÜNNEMAN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia – acerca de su construcción*. Madri: Dykinson, 1999.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, Julio Cesar Faria, 2008.

_____. *El delito de omisión, concepto y sistema*. Montevideo/Uruguai: B de F/ Julio Cesar de Faria, 2006.

SILVEIRA, Renato Jorge Mello da Silveira. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010

_____. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 2, v. 2, p. 143-167, 2005.

SOUZA, Luciano Anderson de Souza. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p.125-157, jul./set. 1996.

TAVARES, Juarez. “La reforma penal en Brazil”. In: *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo – una perspectiva comparada (2000-2006)*, coord.. José Luis Díez Ripollés e Octavio García Pérez, Buenos Aires: B de F, 2008

URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René. Algunas cuestiones fundamentales de la determinación de la autoría en el ámbito de la delincuencia organizada y económica empresarial. In: AUTOR, *Direito penal tributário*, p. 45-60.

VIDAL, Hélvio Simões. Crimes omissivos e dolo eventual. De Jure: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 1, p.117-142, abr. 1997.

VIEIRA, Padre Antonio. *Obras inéditas*. Tomo I, Lisboa: Editores, J.M.C. Seabra & T. Q. Antunes, 1856.

WEIGEND, Thomas. Los límites de la complicidad punible. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 10, p.199-213, jul. 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

WOHLERS, Wolfgang. Complicidad mediante acciones “neutras” ¿ Exclusión de la

responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? In *Derecho penal y Criminología*, vol. 27, n. 80, p. 129-146, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2ª ed., 2008,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 9ª ed. rev. e atual., 2011.