

APONTAMENTOS DE AULA: (UERJ - 2009)

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: Introdução. O conceito de autoria. A distinção entre coautoria e participação. A autoria direta. A autoria mediata. A coautoria e a autoria colateral. A participação. A participação necessária. A participação especial. As regras do Código Penal. A participação dolosamente distinta. A desistência e o arrependimento da participação. O excesso na participação. O concurso nos crimes omissivos. O concurso nos delitos qualificados pelo resultado.

Introdução

Depois da reforma de 1984, o Código Penal brasileiro parece haver abandonado, definitivamente, o conceito amplo de autor, sempre caracterizado como nítido produto da antiga teoria causal-naturalista do delito. Com efeito, ao dispor que, expressamente, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29 *caput*), abriu as possibilidades de rediscutir a autoria em torno do conceito de injusto, sem se vincular exclusivamente a um prévio e extenso conteúdo causal. Na verdade, a expressão “na medida de sua culpabilidade” não implica apenas uma regra de determinação da acessoriedade da participação; representa uma alteração de rumos na regulamentação da própria autoria e de suas formas de realização. Essa é uma consequência importante, porque não se pode tratar da coautoria ou da participação em sentido amplo sem antes se fixar um conceito de autor.

O conceito de autoria

Independentemente das articulações filosóficas acerca da falibilidade dos conceitos, podem ser reconhecidos na teoria do delito três conceitos de autor: a) o conceito amplo; b) o conceito restrito; c) o conceito funcional.

Pelo conceito amplo, autor de um delito seria todo aquele que tivesse contribuído causalmente para o resultado típico. Esse conceito foi tratado no direito penal por

Zimmerl (ZStW 49, 39) e desenvolvido por *Eberhard Schmidt* (Frankfestgabe 11, 106) e *Mezger* (Tratado, vol. II, p. 292). Por influência desses autores, foi esse conceito também incorporado à jurisprudência do Tribunal do Reich, com reflexos no Brasil. Todos os projetos anteriores ao Código Penal de 1940 adotavam um conceito causal de autoria. Assim, o projetos Galdino Siqueira, Sá Pereira e Alcântara Machado. Justificando a regra do antigo art. 25 do CP, a Exposição de Motivos ministerial, ainda que pretendesse se referir à participação em geral, também consignava uma regra aplicável à autoria: “Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele (...)”. O mesmo fundamento está registrado em *Hungria* (Comentários, vol. 1, tomo II, p. 407), nosso mais expressivo comentarista. Justificava-se, assim, um conceito amplo de autor, como forma de estender a punibilidade a todos os que, embora distantes da realização da ação típica, houvessem contribuído de qualquer modo para o resultado proibido. O conceito amplo de autor, portanto, não apenas era uma consequência exclusiva de uma especulação causal, como pode parecer, mas um argumento legitimador da punibilidade.

Nesse particular, convém aqui fazer uma pequena abordagem de dois modelos de positivismo causal. Desde que a metodologia positivista adentrou a teoria do delito, ainda na segunda metade do século XIX, pode-se ver nitidamente como as diversas correntes que a fundamentavam também se desenvolveram no âmbito do direito. Enquanto, por exemplo, *von Liszt* estava preocupado com a relação entre ação e resultado, *Beling*, igualmente um notório positivista, estava mais associado a uma concepção baseada no próprio movimento corpóreo. Isso teve repercussão em diversos setores da teoria do delito, ou seja, na ação e na omissão, na tipicidade, na tentativa e no concurso de agentes. Ao enfatizar a relação entre a ação do agente e o resultado, o conceito amplo de autor parece estar vinculado à primeira corrente, pois descarta as características da própria conduta e se ocupa exclusivamente de sua contribuição para o evento proibido.

Em contraposição ao conceito amplo de autor, como manifestação dessa modalidade de positivismo, *Beling* acenou com um conceito restritivo, ao consignar como autor “aquele que realiza a execução da ação típica” (Die Lehre vom Verbrechen, p. 397). Já em suas considerações acerca do âmbito do tipo, asseverava *Beling* que a questão não se poderia resumir na fórmula da *conditio sine qua non*, que era para ele correta em termos causais, mas também ter-se-ia de verificar se a conduta havia iniciado a realização do tipo. Se, dizia ele, fosse criminalizada a conduta de cruzar uma ponte, autor só seria quem pusesse seu pé

nessa ponte, ou seja, iniciasse a realização da ação proibida (Die Lehre vom Verbrechen, p. 250). A cooperação para o resultado causal, portanto, deixa ser considerada como forma de autoria, quando estiver situada fora da execução da ação típica. Esse conceito restritivo de autor, que teve outros seguidores, como *Frank*, *Grünbut* e *Hegler*, serviu de base à **teoria formal-objetiva**, elaborada para proceder à diferenciação entre autoria e participação.

O conceito restritivo de autor constitui um instrumento relevante para limitar a extensão da punibilidade, embora possa apresentar também seus inconvenientes. Como trunfo, pode-se invocar em seu favor a estrita vinculação ao princípio da legalidade, quer dizer, não se poderá incluir no âmbito da punibilidade, como autor, quem não esteja diretamente ligado à ação típica. Isso constitui uma garantia frente ao poder intervencionista do Estado e continua sendo importante como instrumento de oposição ao arbítrio judicial. *Jescheck*, por exemplo, admite que o conceito restritivo de autor seja acolhido como ponto de partida para determinar o que o legislador quis dar a entender por autor nos respectivos tipos de delito (Tratado de derecho penal, p. 590). Por outro lado, em face das concepções assentadas na defesa do bem jurídico, que conferem, portanto, ao direito penal a tarefa de proteção desses bens, ainda que essa assertiva não possa ser empiricamente demonstrada e resulte de mera argumentação teleológica, parece que esse conceito não poderá subsistir como critério determinante de autoria. Tendo em vista essa tarefa conferida ao direito penal, esse conceito estaria aquém das necessidades protetivas, pois, em muitos casos, é praticamente impossível separar o início da execução da ação típica e atos anteriores que a ela se ligam ininterruptamente; igualmente, atividades de direção da execução seriam tão importantes quanto a própria execução, como, por exemplo, daqueles que detêm conhecimentos especiais acerca do fato ou que exercem sobre o executor um controle de suas atividades.

Diante desses problemas, partiu-se para o desenvolvimento de um conceito funcional de autoria, que não estivesse baseado exclusivamente na execução típica, tomada em sentido formal, mas consoante o papel conferido a cada participante no fato. O conceito funcional de autor resulta, na verdade, das considerações formuladas pelas teorias material-objetiva e final-objetiva, que retratam a execução sob aspectos objetivos e subjetivos. A grande crítica que se fazia ao conceito restritivo de autor era a de que ali não se dava qualquer informação acerca dos elementos subjetivos do fato, os quais estão presentes na execução de qualquer atividade.

Com base nesses aspectos, articula-se a **teoria do domínio do fato**. Segundo essa teoria, o conceito de autor se desdobra sob quatro domínios: como *domínio da ação*, como *domínio da vontade*, como *domínio por força de um conhecimento especial* e como *domínio funcional do fato*. O **domínio da ação** conduz ao reconhecimento da *autoria direta*, tal como se mencionava na teoria restritiva de *Beling*, ou seja, será autor aquele que realize a ação típica ou domine sua realização imediata. O **domínio da vontade** se dá na *autoria mediata*, na qual o autor direto tem controlada sua vontade pelo autor indireto; igualmente ocorre *autoria mediata*, quando, por **força de um conhecimento especial**, o autor direto fica na dependência do autor indireto. Já o **domínio funcional** ocorre na *coautoria*, quando se opera a divisão de trabalho na realização do fato.

O conceito de autor constitui um pressuposto para a elaboração das regras da coautoria e da distinção para com a participação. O ponto de partida, portanto, para a definição do concurso de agentes, sua estrutura e suas consequências será a definição prévia da autoria. Uma vez superada essa etapa, podemos, então, estabelecer os elementos do concurso em geral. Por outro lado, pode-se afirmar, de antemão, que todos os elementos relacionados à autoria e à participação têm como fundamento essencial o tipo legal de delito. É inconcebível a elaboração de uma teoria do concurso de agentes fora do tipo legal. Há, ainda, nas legislações delitos que preveem como puníveis os respectivos atos preparatórios, mas são raríssimos e constituem uma violação do princípio da legalidade, diante da incerteza quanto à determinação das zonas do proibido e do permitido.

A distinção entre coautoria e participação

A primeira especulação acerca da distinção entre autor e partícipe foi consignada pela **teoria formal-objetiva**, que tem origem em *Feuerbach* e constitui a formulação coerente de uma concepção causal de delito, daí que aquela distinção se deva proceder com base no conceito restritivo de autor. Será autor, portanto, quem tenha iniciado a realização da ação típica; quem não o fizer, será apenas partícipe. Embora essa teoria esteja hoje praticamente abandonada, ainda tem seus adeptos, especialmente entre aqueles que não se afastam de submeter toda a questão do concurso aos elementos formais do tipo legal, tal como o faz *Freund* (*Strafrecht*, 1998, p.330). Os defensores dessa teoria entendem que sua adoção corresponde fielmente às exigências do princípio da legalidade e representa uma absoluta garantia diante do puro decisionismo. Entende *Freund* que as críticas que lhe são formuladas se equivocam, porque se baseiam no fato de que, para essa teoria, a lesão de bem jurídico decorreria sempre de uma ação lesiva de execução direta, quando,

na verdade, será possível demonstrar que também é ela adequada a retratar fatos em que a lesão de bem jurídico se produza por meio de uma conduta de execução indireta. Por exemplo, quem fornece a alguém um veneno como se fosse refrigerante, embora a ação de ingeri-lo tenha que ser realizada pela própria vítima, é também autor, porque teria praticado a conduta típica de matar (ob. cit., p. 330), não importando, assim, que o agente não estivesse realizando diretamente sua execução.

Parece contraditório, mas a teoria formal-objetiva, que substancialmente é uma teoria causal, também lançou as bases para a criação de uma **teoria subjetiva**. Essa teoria subjetiva assinala como autor quem tenha atuado com ânimo de autor (*animus auctoris*), e partícipe, quem o tenha feito com o ânimo de partícipe (*animus socii*). Isto quer dizer que a configuração do autor e do partícipe, ainda que se ocupe de dados objetivos, tem em vista a contribuição causal subjetiva de cada um para o resultado: autor é quem contribua subjetivamente para o fato de forma principal, tendo esse fato como próprio, e partícipe, quem apenas toma o fato como alheio e, subjetivamente, atua de modo secundário para sua execução. Tratar o elemento subjetivo como condição causal é bastante coerente, aliás, com a concepção causal-naturalista do delito, que sempre assinalou ao dolo, por exemplo, um conteúdo nitidamente causal.

Há duas correntes subjetivas, uma moderada, que pondera subjetivamente em torno do papel principal ou secundário na execução do fato, e outra extrema, que se funda exclusivamente na consideração de o autor tomar o fato como próprio ou como alheio. Assim, seria partícipe quem tivesse o fato como alheio, mesmo que o tenha realizado pessoalmente. A teoria subjetiva foi dominante no Tribunal do Reich e ainda hoje pode servir de base para, juntamente com outras teorias, proceder, em caso de dúvida, à distinção entre autoria e participação. Isso poderá ser proveitoso, porque muitas vezes é mesmo impossível se saber, conforme a contribuição causal objetiva para o fato, até que ponto determinado agente era autor ou simplesmente partícipe. Alguém, por exemplo, empresta a outrem uma senha de computador para que este possa cometer uma fraude bancária: é difícil dizer se o detentor originário da senha seria coautor da fraude ou mero partícipe. Pode ser, inclusive, que o fraudador também tivesse acesso àquela senha por outros meios e apenas quisesse economizar tempo, pedindo-a ao seu colega. Neste caso, a diferenciação se poderá fazer pelo ânimo de cada um: se aquele que empresta a senha também se considera como elemento integrante do fato, tomado como seu, será coautor; caso considere que é apenas um coadjuvante, será partícipe. Está claro que, na prática,

será bastante duvidoso possa o julgador interpretar os fatos de tal forma que conclua, com acerto, acerca do propósito e da motivação dos agentes. Mesmo no exemplo do empréstimo da senha se poderá dizer que, objetivamente, só o executor domina o fato; que, assim, o primitivo detentor da senha seria mero partícipe. Mas a teoria subjetiva, mitigada pela ponderação acerca da importância da contribuição de cada um para o fato, pode servir de elemento auxiliar na distinção entre autor e partícipe.

Depois da introdução do finalismo na teoria do delito, passou-se a tratar o injusto segundo as características finais da própria conduta, dando lugar, assim, a se compreenderem no âmbito da autoria e da participação segmentos *objetivos* e *subjetivos*. Para a determinação da autoria não basta a realização objetiva da ação típica, é preciso que o agente tenha também atuado com o fim dessa realização. A própria noção de dolo, que o finalismo elabora como *vontade de realização* está, sistematicamente, associada a essa configuração da autoria. Uma vez que a autoria deva estar associada a elementos subjetivos, não há mais razão de se restringir o conceito de autor a uma formalidade objetiva, implicando que, nessa consideração, se analise também o próprio plano de ação, o que poderá indicar se o sujeito é mesmo autor ou se é simplesmente partícipe. Vê-se, ademais, que a investigação do chamado **plano de autor** pode ser interpretada como um refinamento da teoria subjetiva: será autor quem, segundo seu plano para o fato, a ele se vincule de modo principal. Fala-se, aqui, também, de uma **teoria objetivo-subjetiva**.

Um pouco antes de o finalismo adquirir uma certa notoriedade, principalmente no Brasil a partir dos anos setenta do século passado, a teoria formal-objetiva já havia sido criticada, em termos objetivos, mediante a elaboração da chamada **teoria material-objetiva**. Essa teoria nasce da necessidade protetiva de se assegurar a punibilidade, como autor, de quem tenha realizado uma ação consentânea à ação típica e que a ela se associe de forma ininterrupta. Além daquele que realiza estritamente a ação típica, será ainda autor aquele que tenha executado uma atividade de tal forma vinculada à ação típica, que com ela constitui uma unidade coerente. Por exemplo, o *chaveiro* abre a porta do veículo para que alguém o subtraia. A ação de abrir a porta está tão ligada à subtração que será difícil dizer que não se tratou, na verdade, de uma divisão de trabalho entre o chaveiro e o executor da subtração. A conjugação das duas teorias, a material-objetiva e a objetivo-subjetiva, constitui a base para o conceito funcional de autoria e também para a moderna distinção entre autoria e participação.

Segundo uma definição bem abrangente formulada por *Wessels-Beulke*, relativamente ao conceito funcional, “autor é, aqui, quem, como figura central do acontecimento, detém o domínio do fato como seu dirigente ou coexecutor, de tal modo que possa impedir ou deixar seguir a realização do tipo conforme sua vontade” (Strafrecht, AT, 2008, p. 181-182). Todo aquele que não se enquadrar nesses elementos não será autor ou coautor, mas apenas **partícipe**, ou seja, uma figura secundária do acontecimento.

O **conceito funcional de autor** ou do **domínio do fato** é, hoje, acolhido pela maioria esmagadora da doutrina, principalmente por influência de *Roxin*, que o formulou de modo magistral em sua obra de cátedra intitulada *Autoria e Domínio do Fato* (Täterschaft und Tatherrschaft). Apesar de suas indiscutíveis qualidades, o conceito do domínio do fato tem sofrido também suas críticas. A principal dela diz respeito à incerteza acerca do que se poderia tratar como domínio do fato, quando o autor não estiver pessoalmente realizando sua execução e, à distancia, sem a submeter ao seu controle direto. Essa incerteza fez com que *Roxin* passasse a discorrer sobre isso em sua obra, enfatizando a necessidade de um controle direto sobre a execução, o que conduz a uma aproximação com o antigo conceito causal, tal como na proposta de *Freund*.

A autoria direta

A primeira forma de manifestação do domínio do fato se dá na **autoria direta**, na qual o autor domina inteiramente a execução da ação. É o que se chama de **domínio da ação**. Isso ocorre quando o autor, ele mesmo, realiza ou inicia a realização da ação típica ou de uma ação a ela consentânea, correspondentemente, portanto, ao delito consumado ou tentado. Será autor de furto ou, respectivamente, de tentativa de furto, quem realiza ou inicia a subtração; de homicídio ou de tentativa de homicídio, quem produz diretamente a morte da vítima ou dispara contra a ela, ou lhe aponta diretamente a pistola já com o dedo prestes a premer o gatilho.

A autoria mediata

A segunda forma com que se apresenta o domínio do fato se dá na **autoria mediata**. Haverá autoria mediata quando um autor (autor indireto) se vale de outrem (autor direto) como um instrumento humano para o cometimento do delito, ou melhor, para a realização da ação típica. Isso pode se manifestar de dois modos: quando o primeiro (autor indireto ou mediato) domina a vontade do executor (autor direto ou imediato) ou quando aquele possui um conhecimento especial, que torne o segundo um instrumento

inconsciente na sua execução. Normalmente, o *autor direto restará impune*, salvo algumas hipóteses, como veremos, em que a execução do fato poderia ser evitada, caso o autor direto fosse mais diligente. A autoria mediata é hoje consagrada na doutrina penal, ainda que no passado alguns importantes penalistas a rechaçassem, como, por exemplo, *Hungria*, que a considerava inútil em face da teoria monista adotada pelo código penal. O fundamento da autoria mediata reside em que o autor mediato detém a vontade reitora do acontecimento e faz com que o intermediário, ou autor direto, a ela se submeta. Há algumas condições negativas prévias à admissão da autoria mediata. Assim, *não haverá autoria mediata*, quando: a) o autor direto for plenamente responsável pelo fato; b) o tipo penal exigir que a ação seja realizada pessoalmente pelo autor direto ou que o autor direto detenha qualificações especiais, inexistentes no autor mediato; c) se tratar de delito culposos. Se o autor direto for plenamente responsável pelo fato, não há que se falar de sua submissão à vontade do autor mediato. Por seu turno, quando o tipo exigir que a ação seja realizada pessoalmente pelo autor direto, como no falso testemunho, também não será possível reconhecer-se um domínio da vontade por parte do autor mediato; este só poderá ser instigador, ainda que o autor direto esteja sob coação, sendo irrelevante que o autor direto, então, reste impune por força da própria coação. Se o autor mediato não possuir algumas qualificações que o tipo exige, não poderá ele ser autor mediato, mas pode ser coautor ou instigador.

No **delito culposos**, por faltar uma vontade dirigida ao fato, não há autoria mediata. Quem induz alguém a realizar um fato culposos, só responde culposamente, se também, com isso, violar um dever de cuidado ao qual estava obrigado, caso em que será considerado como um autor autônomo.

Deve-se salientar, além disso, que, nos crimes dolosos, o autor mediato, como será o único responsável pelo fato, deve possuir todas as condições de punibilidade exigidas para o delito.

Considerando que na autoria mediata há um domínio da vontade, consigna-se que isso se dá nas seguintes hipóteses: a) o autor imediato atua sem as qualidades de ação (ausência de ação); b) o autor imediato atua sem preencher um elemento da tipicidade; c) o autor imediato atua licitamente; d) o autor imediato atua sem culpabilidade; e) o autor imediato atua sem punibilidade. Essas são as hipóteses comuns de autoria mediata, conforme as lições da doutrina. Mais tarde, *Roxin* propôs a autoria mediata resultante de aparelho organizado de poder.

Atua sem as qualidades de ação aquele que esteja em estado de inconsciência ou sob o efeito de coação física absoluta. Assim, por exemplo, o autor mediato entorpece alguém, de modo que este não possa agir em determinado momento. Pense-se no controlador de voo que recebe de seu colega, sem o saber, uma forte droga que o deixa desmaiado pelo tempo em que deveria proceder à autorização para a decolagem ou aterrissagem de aeronaves. Como, naquele momento, não poderia atuar, compreende-se que não seria responsável pelos acidentes que ocorressem na pista. Responsável, como autor de delito comissivo, seria seu colega que o entorpecera. Igualmente, haverá ausência de ação em relação ao produtor direto do resultado quando alguém empurrar outrem de uma escada sobre seu desafeto, fazendo com que este sofra as lesões decorrentes da queda daquele, ou quando alguém toma o braço de outrem para golpear seu vizinho de bancada. Seguindo uma antiga ponderação de *Andreucci*, podemos também compreender como exemplo de ausência de ação a hipótese em que alguém executa sobre outrem uma constante tortura física, de modo a inutilizar totalmente sua capacidade volitiva (Coação irresistível por violência). Pense-se no uso de uma broca de dentista que perfura a patela do prisioneiro, fazendo com este, para se livrar da tortura e a mando do torturador, golpeie seu companheiro, produzindo-lhe lesões. O autor da tortura será responsável não apenas pela tortura, mas também pela lesão produzida no terceiro. Há uma controvérsia se a atuação direta de alguém sobre outrem, no sentido de utilizá-lo como instrumento físico de uma agressão, constituiria, como proposto acima, caso de autoria mediata, ou de autoria direta. Esse último entendimento é perfilado por *Zaffaroni* (Manual de derecho penal, parte general, 2005, p. 608), que entende, neste caso, não haver diferença entre o emprego de um objeto e de uma pessoa para a prática de um delito. Embora a argumentação seja bem articulada, todas as vezes em que o autor direto atua sem as qualidades de ação e for a isso conduzido por outrem, haverá por uma questão sistemática autoria mediata. Isso fica bastante claro no exemplo da tortura e também na hipótese do controlador de voo, em que há, nitidamente, um instrumento humano e um homem detrás, que domina o evento.

O segundo caso de domínio da vontade se verifica quando o autor direto atua sem preencher um elemento da tipicidade. Isso ocorre, via de regra, quando o autor mediato possui um conhecimento especial, não detido pelo autor direto e este atua, portanto, sem dolo. Nesse caso, ao contrário da hipótese de tortura física, o autor direto possui vontade, mas esta está viciada por obra o autor mediato. Um médico, por exemplo, em lugar de medicamento, entrega veneno a uma enfermeira, para que esta subministre a um

paciente, o qual vem a morrer por conta disso. Aqui, se a enfermeira desconhecia a qualidade da substância, ou seja, que se tratava de veneno e não de medicamento, restará impune. Dependendo, porém, das circunstâncias, poderá ela ser responsabilizada por crime culposo, se lhe fosse possível identificar o suposto medicamento como veneno, dadas suas características aparentes. Há que se trabalhar, aqui, também, em relação à enfermeira com as regras que disciplinam as normas de cuidado. Uma vez que se trate, porém, de erro evitável, apesar de a enfermeira haver violado a norma de cuidado de sua profissão, será ela responsabilizada apenas pelo crime culposo e não pelo crime doloso de homicídio. Por este responde só o médico, como seu autor mediato. Fala-se, também, nessa hipótese, que a enfermeira atuara com erro de tipo, que exclui o dolo.

A doutrina considera, além disso, a hipótese em que o autor direto atue sem a tipicidade objetiva de sua conduta. Por exemplo, o autor mediato induz outrem a se autolesar. Como a autolesão não é tipificada no código penal, o autor direto atuaria sem tipicidade. Examinando melhor essa hipótese, pode-se ver que parece ser um pouco equivocada a expressão “atuar sem tipicidade”, porque no fundo há tipicidade, ou seja, a lesão é prevista no código penal; apenas a tipicidade está condicionada a um elemento de autoria, que exclui de seu rol a própria vítima. A vítima, portanto, não pode ser considerada como autora, senão como simples executora material da ação. Há, portanto, uma diferenciação que se deve fazer – e isso é importante na autoria mediata – entre autoria e simples execução, o que conduziu às críticas à antiga concepção ampla de autor, que deixava de lado, em sua configuração, os elementos da tipicidade. Mas a ação típica da lesão, que é executada pela vítima, é atribuída ao autor mediato. Para fundamentar, portanto, essa forma de autoria mediata é relevante trabalhar-se com um conceito de autor relacionado à tipicidade e ao domínio de sua execução, como o faz a teoria funcional.

É controversa a hipótese de autoria mediata, quando o autor direto atua licitamente. A primeira objeção diz respeito à questão da unidade da ordem jurídica: como pode alguém responder por ato ilícito, quando seu executor o realiza licitamente? A segunda objeção se refere à impossibilidade de uma cisão no ato. Quando se discute a autoria mediata, ainda que o autor indireto não tenha executado pessoalmente a ação, há de certo modo uma unidade de fato, tanto que o autor mediato não responde por outro crime, mas por aquele que foi realizado pelo autor direto.

Independentemente disso, a doutrina admite uma hipótese dessa ordem: quando, por exemplo, alguém provoca a detenção ilegal de outrem, por parte da polícia, que atuaria, então, licitamente. Pense-se na hipótese de uma perseguição policial em torno de um terrorista, que se refugia em casa alheia e o seu dono indica outrem, inocente, como sendo aquele primeiro. Igualmente, alguns autores, por exemplo, *Wessels-Beulke*, também admitem uma autoria mediata em caso de provocação de legítima defesa (Strafrecht, AT, 2008, p. 193).

Mas essas duas hipóteses merecem algumas ponderações. Quanto à atuação da polícia, na verdade, há uma ausência de dolo por parte do policial, ao efetuar a prisão de um inocente, confundido com o verdadeiro terrorista; e a prisão de um inocente jamais poderá caracterizar a ação do policial como lícita, tanto que essa prisão deverá ser imediatamente relaxada porque ilegal; se a ação fosse lícita, o juiz só poderia conceder ao preso a liberdade provisória, mas não relaxar a prisão. A articulação da doutrina em torno dessa modalidade de autoria mediata decorre de uma formulação alemã de que a atuação funcional, nesse caso, caracterizaria uma ação de estrito cumprimento de dever legal. Mas isso é equivocado. A norma que impõe ao policial o dever legal de prender quem se encontre em flagrante não torna lícita sua ação quando dirigida contra um inocente. O policial poderá atuar sem dolo, como no caso do exemplo do terrorista, mas age ilicitamente. Se o policial, por sua vez, cumpre um mandado de prisão ilegal, sem confundir a pessoa de seu destinatário, poderá eximir-se sob o manto da obediência hierárquica (art. 22) ou mesmo sob as regras do erro de proibição (art. 21), se, nesta última hipótese, acreditar que atua licitamente. Essa modalidade de erro, chamado de erro de permissão ou de erro de proibição indireto, se orienta pelas regras do erro de proibição direto: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenuará a pena de 1/6 a 1/3. Essa é a conclusão que terá lugar em um Estado de direito, em que se admita sempre ao particular opor-se à execução de ordens ilegais. Caso se acolhesse a tese de que o policial agiria licitamente, ainda que a ordem fosse ilegal, se estaria eliminando ao particular uma reação autorizada à prisão ilegal, o que soa um absurdo. Se a prisão for ilegal, o destinatário inocente pode a ela se opor, invocando em seu favor, inclusive, a legítima defesa. Quanto à provocação da legítima defesa, mesmo *Jescheck* só a admite como forma de autoria mediata, quando o agressor e a vítima estiverem sob o domínio do autor mediato (Tratado de derecho penal, 1993, p. 608). O caso é controvertido e merece maior análise. Imagine-se que o autor mediato faça com que um doente mental agrida outrem; este, revidando a agressão, produz lesão no agressor. Está claro que, aqui,

o agredido estava em legítima defesa e o agressor agira sem culpabilidade. Mesmo que o autor mediato provoque a reação do agredido, essa provocação é irrelevante, porque havia em relação a ele uma situação de defesa. Portanto, por obra de provocação da reação, nada se imputa ao autor mediato. O autor mediato deverá responder inicialmente pela agressão perpetrada pelo doente mental. Quanto às lesões que este sofreu, por força da ação defensiva, devem também ser imputadas ao autor mediato, mas não em face da situação de defesa, senão como uma consequência do domínio da vontade exercido sobre o doente mental. Quem usa o instrumento, responde não apenas pelas lesões que este provocar, senão ainda pelas lesões que este sofrer, na medida em que possam ser imputadas dolosa ou culposamente ao autor mediato. Parece, portanto, que a invocação de uma suposta autoria mediata em face de ação lícita pode ser resolvida sem o apelo a essa licitude.

Os casos mais evidentes de autoria mediata ocorrem principalmente quando o autor direto atua sem culpabilidade. Assim, podem ser aventadas aqui três hipóteses: a) o autor direto é inimputável; b) o autor direto incorre em erro de proibição inevitável; c) o autor direto atua sob efeito de uma causa de exculpação.

Quando o autor direto é inimputável, o fato é atribuído ao autor mediato, mas o autor direto pode sofrer também consequências penais. Se for menor de 18 anos estará sujeito às normas especiais do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 112); se for doente mental ou retardado, será submetido a medida de segurança (CP, art. 97). Igualmente, a execução do fato pelo inimputável pode trazer ao autor mediato outras implicações, como ter a pena aumentada em face disso (CP, art. 155, § 4º, IV ou 157, § 2º, II), ou mesmo responder pelo delito de corrupção de menores (ECA, art. 244-B).

Se o autor direto atuar com erro de proibição, pelas regras do código penal restará impunível, ou seja, agirá sem culpabilidade, quando o erro for inevitável, ou terá a pena diminuída, quando evitável (art. 21). Na primeira hipótese, se o erro for inteiramente provocado pelo autor mediato, só este responde pelo fato, aplicando-se, então, a regra da autoria mediata, que está, inclusive, disposta no art. 20, § 2º do CP. O mesmo se dá quando só ele conhecia a proibição e, ainda assim, induziu o autor direto à execução da ação; aqui, o autor direto também restará impune, só respondendo o autor mediato. Se, porém, o autor direto atuar com erro de proibição evitável, não haverá autoria mediata. Responderá ele como autor, ainda, como se disse, com pena diminuída, enquanto o suposto autor mediato será considerado seu partícipe e, portanto, instigador do fato.

Há também autoria mediata quando o autor direto atuar sob o efeito de uma causa de exculpação, ou seja, sob estado de necessidade exculpante, em situação exculpante de legítima defesa, em obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, sob coação moral irresistível ou em situação de inexigibilidade de conduta diversa. Em relação à obediência hierárquica e à coação moral irresistível, o próprio código é taxativo ao explicitar que, nesses casos, só responderá o autor da ordem ou da coação (art. 22). Veja-se que em todos esses casos, o autor mediato colocou o autor direto nessas condições exculpantes, implicando, assim, assumir integralmente a responsabilidade pelo fato. Se, porém, como adverte *Jescheck*, o suposto autor mediato já encontrar o autor direto naquelas situações e só o auxiliar, não haverá autoria mediata, mas apenas cumplicidade ou instigação (Tratado de derecho penal, 1993, p. 609).

Pode-se ainda compreender uma forma de autoria mediata, quando o autor direto tem em seu favor uma escusa absolutória, ou seja, atua sob o amparo de uma **causa de exclusão da punibilidade**. Deve-se fazer, desde logo, uma distinção, proposta por *Wessels*, entre causa de exclusão e causa de extinção da punibilidade (Strafrecht, AT, 2008, p. 175). As causas de exclusão preexistem ao próprio fato e eliminam a punibilidade em face de certos autores. Isso ocorre nas hipóteses do art. 181 do código penal, quando os crimes patrimoniais, com exceção do roubo e da extorsão, ou do caso em que haja emprego de violência ou grave ameaça, ou o fato seja praticado contra pessoa idosa (de idade igual ou maior de 60 anos), sejam cometidos em prejuízo de ascendente ou descendente, ou do cônjuge na constância da sociedade conjugal. Quem induza essas pessoas à prática do delito será autor mediato, em face da impunibilidade daquelas. Essa modalidade de autoria mediata é considerada discutível por parte da doutrina, que considera aqui simples instigação. Mas é difícil compreender a existência de uma instigação a um autor impunível, daí a validade de uma concepção de autoria mediata nesses casos. Por outro lado, as **causas de extinção da punibilidade** só incidem depois do fato haver sido cometido, o que não interfere em sua configuração e nem pode ser levado em conta na autoria mediata. As regras relacionadas ao concurso, quando se tratar de causas extintivas de punibilidade, não são as mesmas das aqui explicitadas, porque estão subordinadas a preceitos de política criminal ou a interesses procedimentais, só indiretamente influentes na teoria do delito, por exemplo, a que manda estender a todos os coautores ou partícipes a causa interruptiva da prescrição relativa a um deles (art. 117, § 1º), ou que faz aproveitar a todos os autores (ou partícipes) o perdão concedido a qualquer deles (art. 106, I).

Além dessas hipóteses tradicionais de autoria mediata, *Roxin* propõe também uma outra: quando ocorra o **domínio do fato mediante um aparelho organizado de poder**. Essa modalidade de autoria mediata foi idealizada a partir das considerações em torno dos homicídios de fronteira, praticados por guardas da antiga Alemanha Oriental sob o efeito de ordens indiretas recebidas das autoridades daquele país. Como as ordens não eram dadas diretamente aos agentes de homicídio, concebeu-se uma forma de autoria mediata resultante da submissão desses agentes, embora atuantes com vontade consciente, ao próprio poder autoritário organizado. Seriam, então, responsabilizados não apenas os agentes, senão também os próprios dirigentes. O fundamento dessa autoria mediata é dado pela participação na própria organização. Convém, porém, proceder-se aqui a algumas ponderações. Em primeiro lugar, se os agentes atuaram com absoluta independência, não haverá autoria mediata, podendo-se tratar de uma instigação, ou mesmo coautoria, em divisão de trabalho. Em segundo lugar, essa autoria mediata só poderá ser reconhecida em relação ao poder estatal e não a organizações mafiosas. Quanto a estas serão aplicadas as regras da coautoria e da participação em geral. Em terceiro lugar, para que se proceda à responsabilidade dos chamados “homens de trás”, ou seja, os dirigentes, será preciso identificar ou uma ordem explícita quanto ao fato ou uma regra que induza os agentes a praticá-lo. Mesmo sob um regime autoritário, há agentes que atuam por conta própria, sem qualquer vinculação com o poder autoritário. Para que se verifique essa autoria mediata é preciso que as ações estejam vinculadas ao próprio sentido do poder, com sua ideologia e com suas perspectivas políticas; façam parte, portanto, da própria política de extermínio fomentada pelo Estado. Pense-se em um roubo, praticado por policiais. Esse roubo, se não estiver induzido, direta ou indiretamente, pelo poder, será de exclusiva responsabilidade dos agentes. O mesmo, está claro, não se pode dizer da tortura, que é delito exclusivo do poder, que está associado, assim, ao incremento e à manutenção de uma política autoritária.

A coautoria e a autoria colateral

Uma vez resolvida a questão da autoria, será coautor quem tenha realizado o fato juntamente com outro autor. Para que se configure a autoria, porém, será preciso que se conjuguem os seguintes elementos: a) o domínio do fato; b) a resolução comum para o fato; c) em casos especiais, as qualidades legais exigidas para a autoria.

Caso os autores não se orientam por uma resolução comum para a realização do fato, haverá apenas **autoria colateral**, mas não coautoria. Por exemplo, A e B, sem o saberem,

ministram a C, simultaneamente, um veneno, que lhe vem causar a morte. Ambos serão autores, mas não coautores. Haverá também autoria colateral se apenas um dos autores souber que participa da ação de outrem, ou quando um autor se aproveitar de outrem, que atue culposamente.

Convém observar que a resolução comum para o fato não se confunde com o dolo, porque também pode abarcar elementos que não estejam tipicamente configurados, como, por exemplo, as relações pessoais entre os agentes e, ainda, os elementos subjetivos especiais do delito, como, as intenções e tendências, que constituem o tipo subjetivo.

Acolher-se a resolução comum para o fato como condição subjetiva da coautoria, como elemento diverso do dolo, não implica reconhecê-la nos **crimes culposos**. Nestes últimos delitos, não há igualmente coautoria, *apenas autoria colateral*. A velha e sempre repetida estória dos dois empregados, A e B, que, de comum acordo e cada qual segurando um dos seus lados, lançam uma tábua sobre a rua movimentada, produzindo, com isso, lesões nos transeuntes, é um típico caso de autoria colateral. A ambos, isoladamente, poderá ser imputado o delito culposos de lesão corporal (art. 129, § 4º CP) correspondente ao fato, mas não na forma de coautoria. No fundo, a solução, aqui, será a mesma sob os dois fundamentos teóricos, mas em outras hipóteses poderá implicar uma análise melhor da verdadeira participação de cada um dos protagonistas no fato, sem estender sua responsabilidade exclusivamente com base no processo causal. Imagine-se que dois operários lancem na rua vários detritos, que estavam espalhados nos andaimes da construção, e alguns desses vêm a atingir um transeunte, sem que se saiba de qual ação e de qual operário efetivamente partiu aquele que produzira os ferimentos na vítima: aqui, a afirmação de que ambos são coautores implica atribuir-lhes indistintamente o resultado, sem uma correta afirmação da causalidade, porque sempre se poderá dizer que o detrito causador das lesões não fora aquele lançado por tal ou qual operário e isso pode mesmo ser verdade; aferindo-se o fato como autoria colateral, será preciso comprovar a atuação de cada um no evento. A solução que prescindir de um exame aprofundado da causalidade, mediante a simples invocação da coautoria, seria aqui incorreta e injusta.

É preciso ressaltar que a resolução comum pressupõe uma vontade consciente de cooperação comunitária no fato, de sorte que corresponda a uma divisão de trabalho em sua execução. Como assinala *Jescheck*, não basta, aqui, um sentimento acerca da consumação; deve haver uma efetiva vontade de cooperar na obra comum. A resolução

para o fato, ademais, não se confunde com a simples **conivência**. A estagiária de medicina que, por exemplo, a convite de um médico, apenas assiste à prática de um aborto, não é coautora, nem será partícipe, ainda que o faça para aprender a técnica abortiva. Os motivos pessoais, portanto, não são suficientes para caracterizar a resolução comum para o fato, se não tiverem, como referência, a cooperação em sua execução. Aqui não há lugar para juízos meramente morais. Não impede, porém, o reconhecimento da resolução comum para o fato a circunstância de que os autores não se conheçam, desde que estejam conscientes de que detêm o domínio do fato e o executam em divisão de trabalho.

A resolução para o fato pode se dar antes ou durante o processo de sua realização. Em alguns casos, como nos delitos permanentes (sequestro, cárcere privado, extorsão mediante sequestro) ou habituais (casa de prostituição, exercício ilegal da medicina), nos quais a consumação se renova no tempo, a cada instante, é possível reconhecer-se a coautoria quando ocorra antes de seu esgotamento ou término. Por exemplo, é possível coautoria no sequestro já consumado, até o momento em que a vítima seja libertada. A doutrina tradicional consigna que, aqui, a consumação se protraí no tempo, mas, quanto a isso, será preciso fazer uma ponderação. Na verdade, não há, nesses casos, uma extensão do momento consumativo; há uma renovação constante da consumação. Por exemplo, o sequestro estará consumado no momento em que a vítima é privada de sua liberdade, e essa privação é constantemente renovada, porque só, assim, será possível identificar os atos de manutenção da vítima em cativeiro como atos de privação de liberdade. A doutrina tradicional, quando trata do sequestro, opera uma confusão quanto ao momento causal. Nos chamados delitos de mera atividade, em que não há um resultado aparente, pode-se configurar uma extensão no tempo dessa atividade antijurídica, por exemplo, na violação de domicílio, em que o agente permanece em casa alheia contra a vontade do titular (art. 150). Mas nos delitos de resultado manifesto, como é o caso do sequestro, a privação de liberdade se renova constantemente. Essa é a lição da doutrina mais abalizada. Veja-se, nesse sentido, *Roxin* (Strafrecht, AT I, 2006, p. 331).

Em relação à contribuição material dos coautores para o fato, para haver coautoria será preciso que os autores o executem comunitariamente. Isso não implica que todos devam realizar diretamente a ação prevista no tipo, por exemplo, estrangular a vítima ou disparar contra ela. Está claro que será coautor quem executar diretamente o fato, mas também

será coautor quem o dirija ou planeje, uma vez que isso integre o plano global de sua execução funcional, não sendo necessário que esteja presente no local e no momento de sua concreta execução. Aqui, há, porém, algumas opiniões divergentes. *Roxin*, como já se disse, por um lado, entende que, se o agente não executar direta e pessoalmente o fato, ou seja, no crime de homicídio, por exemplo, não tiver atirado contra a vítima, só será coautor se, mediante seu aporte psíquico, estiver em constante contato com seu executor material, para o orientar ou controlar; caso contrário, será apenas cúmplice. De outro lado, a doutrina majoritária entende que, dependendo da vinculação do executor ao agente de trás, em termos de submissão ou controle, como ocorre, por exemplo, com o chefe da máfia ou de organização semelhante, a determinação deste quanto à execução do delito por parte de seus pistoleiros constitui coautoria, ainda que o chefe não esteja, no momento de execução, em contato direto com seus executores. Ninguém põe em dúvida que, nesse caso, o chefe controla e domina a execução do fato.

A participação

Costuma-se lecionar que a participação se apresenta sob duas formas: a **instigação** e a **cumplicidade**. Tendo em vista as considerações acerca dos pressupostos do concurso de agentes, tem-se reconhecido que na participação há sempre um autor principal, que atua, portanto, com domínio do fato, e um ou outros colaboradores no fato (**teoria da acessoriedade**). **Instigador** seria aquele que tivesse induzido ou determinado a prática do fato, que se pode dar por meio de conselhos, indicações, informações, estímulo, pagamento ou qualquer forma de recompensa. **Cúmplice**, por sua vez, seria aquele que tivesse prestado ao autor principal uma contribuição material que poderá servir para tornar viável sua consumação ou para facilitá-la. Quem, por exemplo, aconselha alguém a matar seu desafeto é instigador; assim, também aquele que contrata um pistoleiro para fazê-lo. Quem, por sua vez, emprestar ao autor do homicídio a arma com que fora produzida a morte da vítima, será cúmplice. A participação como a coautoria poderá ocorrer em qualquer fase de realização do fato. Diversamente da coautoria, contudo, a participação pode limitar-se aos atos preparatórios para o delito, mas só será punível – como ato acessório – se o fato principal pelo menos tiver sido tentado.

Tem-se estabelecido que em toda participação devem subsistir dois elementos essenciais: a) o dolo de participar na ação de outrem, no sentido da consumação do fato, bastando, porém, o dolo eventual; b) a contribuição causal para o fato.

Tendo em conta essas circunstâncias, não há uma participação genérica e nem participação em **crime culposo**. Toda participação deve estar direcionada a um fato determinado, ainda que o partícipe não conheça o autor principal. Esta circunstância é acidental e não interfere na configuração da participação. Deve-se ainda salientar que o **erro de tipo** do autor principal faz desaparecer o dolo do partícipe. Nos delitos com **elementos subjetivos especiais**, como, por exemplo, no furto (intenção de se apropriar da coisa alheia), deve o partícipe incluí-los como integrantes de seu dolo de participação. Fala-se, aqui, de **duplo dolo** (*Jescheck*). Igualmente, resta impune a participação, se o partícipe quis apenas colaborar na tentativa do fato e não em sua consumação. Isto não implica excluir o partícipe de punição, quando o fato principal for tentado e sua resolução foi no sentido da consumação. Aplicam-se ao partícipe, então, as regras comuns da punibilidade da tentativa, previstas no arts. 14 a 17 do Código Penal. Assim, se o autor principal desistir de prosseguir na execução, tal desistência beneficia o partícipe, isentando-o de pena nos termos do art. 15; se ocorrer o arrependimento posterior, o partícipe terá a pena diminuída (art. 16); se o crime for impossível (art. 17), não haverá crime igualmente para o partícipe. Situação delicada e que será vista mais adiante diz respeito, porém, ao arrependimento do partícipe quanto à consumação do fato.

É preciso cuidado, muitas vezes, na determinação da cumplicidade ou da instigação, porque sempre haverá uma zona cinzenta entre a participação punível e a colaboração ingênua, ou até mesmo a realização de uma conduta moralmente reprovável, mas que ainda não ingressara na zona do ilícito. Isso ocorre, via de regra, nas chamadas **ações neutras**, que decorrem de exercício profissional ou de atividades socialmente aprovadas, mas que podem favorecer a prática de alguns delitos, sem que o colaborador causal – no caso o profissional – possa ser tido como seu cúmplice.

Pense-se, por exemplo, no caso de um motorista de táxi que conduz o homicida ao local onde se encontrava a vítima, ou do padeiro que vende o pão, que será utilizado para que a mulher envenene seu marido, ambos sabendo que poderão facilitar a execução do fato. No caso do padeiro, até por força de princípios de imputação objetiva relacionados à chamada autorresponsabilidade, pode-se, em tese, descartar uma participação punível. Difícil será determinar, porém, se a ação de transporte do autor configura ou não cumplicidade punível. *Luis Greco*, em trabalho relevante sobre o tema, conclui que, no campo das ações neutras, a punibilidade do colaborador, como cúmplice, depois de haver

tomado conhecimento do fato, só deverá subsistir caso sua participação seja essencial para a execução do delito a cargo do autor principal (Cumplicidade através de ações neutras, Rio de Janeiro, 2004, p. 170). Claro que essa regra pressupõe que a respectiva ação se tenha restringido a uma simples colaboração causal, tão-só complementada pela consciência do agente quanto aos propósitos do autor. Caso à ação do padeiro ou do motorista, por exemplo, se tenham agregado estímulos ao autor, já não se poderá dizer que se trata de ações de neutras, mas de participação punível. Aplicando-se esse argumento ao caso do motorista, poder-se-ia dizer que sua participação só será punível se sua atividade for a única forma de um homicida chegar ao local do crime. Se o autor puder, a qualquer momento, dispor de outro meio de transporte ou mesmo de outro táxi, não haverá participação punível. Essa conclusão deve sofrer alteração, porém, caso o motorista, atendendo a apelos do autor, se tenha disposto a esperá-lo no local, após o fato, a fim de garantir-lhe a fuga; isso implicaria um reforço psíquico importante ao autor, tornando o motorista seu instigador. Em vez de instigação, poder-se-ia falar aqui de **cumplicidade psíquica**, instituto conhecido do direito alemão. Mas esse instituto, foi expressamente excluído do direito brasileiro, como ressalta *Nilo Batista*, por força do disposto no art. 31 do Código Penal, que tão-só faz referência ao “auxílio, à determinação ou instigação e ao ajuste” para o fato e os torna puníveis apenas quando este tenha sido iniciado. Pode-se, claro, também pensar-se aqui em um ajuste entre o motorista e o executor do homicídio, o que caracteriza o primeiro, portanto, como partícipe punível do fato. O ajuste deve indicar, de qualquer modo, uma vontade de participar no fato.

Aplicam-se à participação para distingui-la da autoria ou da coautoria as mencionadas teorias formal-objetiva, material-objetiva e objetivo-subjetiva ou do plano do autor, bem como, em caso de dúvida, a teoria subjetiva limitada.

A doutrina tem discutido os fundamentos acerca da punibilidade da participação. Com base nos ensinamentos de *Kohlrausch*, *Hellmuth Mayer* e *Nagler*, entre outros, seguia-se, inicialmente, que o fundamento residia na consideração de que o partícipe teria contribuído para tornar o autor principal culpado e punível e, ademais, fortalecido a realização do fato (**teoria da participação na culpabilidade**). Em face dessa argumentação, criava-se a exigência de que para a participação ser punível, o autor principal deveria ter atuado com culpabilidade. As objeções que foram feitas a essa teoria tiveram em conta sua incompatibilidade com vários dispositivos das legislações penais,

que preveem ser possível a participação unicamente tendo por base a realização da conduta típica e antijurídica. Em oposição a isso, a doutrina dominante, defendida, entre outros, por *Baumann, Jescheck, Maurach, Strattonwerth, Welzel* e *Wessels*, propugna pelo entendimento de que a punibilidade da participação está assentada no caráter de contribuição ao fato injusto, ou seja, típico e antijurídico, de modo que o partícipe ou tenha criado ou estimulado o dolo do autor principal, ou lhe tenha prestado auxílio para a realização do fato (**teoria do favorecimento**).

A discussão em torno da punibilidade da participação sugere, por sua vez, a questão da acessoriedade da participação. Para que haja participação, sob qualquer das teorias que postulam sua punibilidade, é preciso que esteja presente um autor principal, ao qual o partícipe deve aderir. O problema reside nas condições que o fato principal deve preencher para que nele se possa participar. Quanto a isso, podem ser reconhecidas, segundo uma velha classificação de *Max Ernst Mayer*, sempre lembrada, as seguintes teorias: a) **teoria da acessoriedade mínima**; b) **teoria da acessoriedade extrema**; c) **teoria da acessoriedade limitada**; d) **teoria da hiperacessoriedade** (Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, p. 391). Embora essa classificação tenha sido posta de lado pela doutrina contemporânea, depois da adoção da teoria do domínio do fato, pode ela ser invocada para demonstrar a extensão da punibilidade da participação e como, em determinados casos, se deve tratar a questão do concurso de agentes diante de qualificações especiais exigidas para o autor.

Segundo a **teoria da acessoriedade mínima**, para se estender ao partícipe a punibilidade do autor principal, bastaria que este tivesse realizado um fato típico, independentemente se lícito ou ilícito. Essa teoria já fora há muito descartada, porque é absolutamente incompatível com a estrutura da ordem jurídica que alguém seja punido por haver participado em fato lícito. Para a **teoria da acessoriedade extrema**, que, em certa medida, corresponde à **teoria da participação na culpabilidade**, o autor principal deveria ter atuado com culpabilidade, atributo esse, então, que se estenderia ao partícipe. Esta teoria era própria da época da hegemonia do sistema causal-naturalista de delito, que incluía na culpabilidade o dolo, como uma de suas espécies. Como o partícipe, na qualidade de instigador, incrementa o dolo do autor, era explicável que também sobre ele se estendesse a responsabilidade por essa forma de manifestação volitiva. A **teoria da acessoriedade limitada**, depois da re-estruturação do tipo de injusto encetada pelo finalismo, passou a ser a teoria dominante, porque exige apenas que o autor principal

tenha realizado um fato típico e antijurídico. Por fim, é também insustentável a **teoria da hiperacessoriedade**, que exigia que o autor principal também realizasse um fato punível. Como a questão da punibilidade atinge pessoalmente o sujeito, porque pode depender muitas vezes de circunstâncias que estão desvinculadas da realização do fato típico, por exemplo, nos casos de escusas absolutórias (causas de exclusão da punibilidade), essa exigência eliminaria, sem mais, a condição de partícipe, tornando-o irresponsável, quando houvera ela colaborado, efetivamente, em fato delituoso.

A **teoria da participação na culpabilidade** e, conseqüentemente, a **teoria da acessoriedade extrema**, bem como a **teoria da hiperacessoriedade**, ademais, já estão descartadas pelo art. 29 do Código Penal, que assinala a autonomia do juízo de culpabilidade em relação a cada autor do fato. Por outro lado, em oposição a essas teorias, costuma-se também invocar o argumento de que há normas penais que induzem a considerar que, *fora dos casos de autoria mediata*, valeria para a participação tão-só a execução de condutas típicas e antijurídicas, como, por exemplo, o art. 155, § 4º, IV do Código Penal, que prevê a qualificação no furto quando for praticado mediante concurso de duas ou mais pessoas. Assim, haveria a qualificação, quando o autor principal contasse com a colaboração de um menor ou de um inimputável na execução do fato, desde que, é claro, não tenham sido eles os próprios executores do fato, sob o mando do autor, quando se poderia caracterizar uma autoria mediata.

Convém fazer-se aqui, entretanto, uma ponderação. Mediante uma análise sistemática do código penal, pode-se ver que a participação no furto qualifica o delito e duplica, com isso, a pena cominada, que passa de 1 a 4 anos para 2 a 8 anos de reclusão, mas, enquanto isso, a participação no roubo (art. 157, § 2º, II), que é crime muito mais grave do que o furto, apenas implica um aumento de pena de 1/3 até a metade. Se a lei penal deve atender ao princípio da proporcionalidade, pelo qual a pena aplicável, tanto em relação ao delito básico, quanto às suas formas qualificadas, deve ser ajustada à gravidade da lesão de bem jurídico, então, pode-se chegar à conclusão de que a qualificação nessas duas espécies de delito, quando se tratar de concurso de agentes, deverá seguir regras diversas. No furto, em face da gravidade das conseqüências (a duplicação da pena), deve-se exigir que a atuação comunitária dos agentes seja essencial para a subtração; já no roubo, tendo em vista o aumento especial de pena (de um terço até a metade), basta a existência de um autor principal, que detenha o domínio do fato, e de, outro, partícipe, que apenas colabore para o fato. Invocar-se a quantidade da pena, aqui, não implica

subordinar a análise teórica do concurso de agentes à punibilidade da conduta, mas valer-se do princípio da proporcionalidade para demonstrar que, em face da valoração do fato, expressa pela quantidade da pena cominada, a finalidade da lei ao duplicar a pena (no furto) tem que ser diversa daquela que apenas a agrava (no roubo). Por obra do princípio da proporcionalidade será possível, assim, proceder-se também sob o princípio da coerência da ordem jurídica.

Em atenção, portanto, à regra de concurso inserida no art. 29 do Código Penal, pode-se dizer que no Brasil foi adotada, quanto à participação, a **teoria da acessoriedade limitada**. Para haver participação, basta que o autor principal tenha realizado um fato típico e antijurídico. Isto não impede, evidentemente, que se esclareça como proceder em caso de qualificações especiais, exigidas pelo tipo legal em relação ao autor, quando inexistentes no partícipe, ou quando o autor não atue com certas disposições subjetivas, presentes no partícipe. Por exemplo, o autor principal deve ser funcionário público, mas o partícipe não dispõe dessa qualidade, ou o autor principal não atua por motivo fútil ou torpe, mas o partícipe o faz. Imagine-se, neste último caso, que alguém, como simples colaborador, participe, mediante pagamento, no fato, mas sem que o autor principal conheça essa circunstância. Essas são indagações importantes. O código penal esclarece, em seu art. 30, que: “Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. É uma regra informadora de algumas dessas soluções. Vamos voltar mais adiante a esse tema, ao tratar da participação especial.

Em face da sistemática que informa o concurso de agentes, é possível participação em participação, tanto na forma de instigação quanto de cumplicidade. Por exemplo, alguém instiga outrem a instigar o autor principal a cometer o delito, ou alguém empresta a outrem a arma que será por este cedida ao homicida. Em qualquer desses casos se considera que a instigação e a cumplicidade acessórias constituem instigação ou cumplicidade ao fato principal.

O direito brasileiro, por sua vez, não admite a **tentativa de participação**, como ocorre, por exemplo, no direito alemão em relação à instigação. Lá, é impunível a tentativa de cumplicidade, mas é punível a tentativa de instigação. Aqui, a tentativa das duas formas é impunível. Se alguém empresta a outrem a arma do crime, mas esta nem chega ao seu destino, porque se extravia no meio o caminho, é este fato impunível. Também é impunível o fato de o sujeito instigar outrem a cometer um homicídio, mas o instigado desistir do fato. A impunibilidade, aqui, decorre diretamente do disposto no art. 31 do

Código Penal, que afirma: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

Igualmente impunível será a cumplicidade psíquica, como já se disse, em face do art. 31 do Código Penal. Fala-se de **cumplicidade psíquica** naquele caso em que o partícipe contribui materialmente para o fato, mas sua contribuição não se faz presente ou não é levada em conta no momento de sua execução. Por exemplo, alguém empresta a arma para o crime, mas esta não é usada pelo autor principal, que resolve se valer de outros meios para sua execução. *Wessels* dá o exemplo de uma pessoa que empresta ao autor principal uma escada para que este possa penetrar com mais facilidade em casa alheia, mas que é ignorada por este no momento do fato, porque se defronta com a porta aberta da residência e, assim, ali ingressa sem maiores dificuldades (Strafrecht, AT, p. 209). No direito alemão se diria tratar-se de uma cumplicidade psíquica, porque o autor, ao receber a escada do partícipe, fortalecera, com isso, sua vontade criminosa. Ocorre, porém, que, obedecendo não apenas à redação do Código Penal brasileiro (art. 31), mas ao próprio sistema da ordem jurídica de individualizar a atuação de cada um no fato, uma vez que o partícipe se tenha decidido a colaborar materialmente, não implica que tenha querido instigar, e vice-versa. Pode ser que o partícipe queira instigar o autor, mas não queira lhe prestar auxílio material para o fato. Nessas hipóteses, portanto, o partícipe resta impune, independentemente de sua vontade contrária à ordem jurídica.

A participação necessária

Em alguns delitos exige-se, além de um autor que detenha o domínio do fato, a participação de outros colaboradores. São os delitos de participação necessária. Podem ser distinguidas duas espécies desses delitos: os **delitos de encontro** e os **delitos de convergência ou associação**.

Nos delitos de encontro, o fato é cometido com a colaboração conjunta de ambos, mas um deles resta impunível por força da própria disposição legal, ou porque não tenha atuado com dolo, ou porque a lei o protege. Pode haver delito de encontro, ainda, quando o participante seja, ao mesmo tempo, autor e vítima. Por exemplo, no crime de bigamia, quando um dos autores desconhece a condição de casado do outro (atuação sem dolo); no atual estupro de vulnerável (art. 217-A CP), cometido com o

consentimento da vítima (vítima especialmente protegida, apesar de sua adesão ao fato); no crime de rixa (art. 137 CP), em que todos os contendores são autores e vítimas.

Nos delitos de convergência ou associação, o tipo de injusto se compõe necessariamente de duas ou mais pessoas, que atuam em resolução comum e com domínio do fato (coautores) ou como colaboradores (partícipes). Por exemplo, nos delitos de associação para o tráfico de drogas (participação de pelo menos duas pessoas) e de quadrilha (participação de pelo menos quatro pessoas). A terminologia usada para a designação desses delitos é criticada, já desde *Max Ernst Mayer*, porque, na realidade, não existe uma participação necessária: a lei apenas esclarece acerca das condições de autoria, conforme o enunciado da própria conduta típica. Está claro que se o delito é de associação, pressupõe-se a participação pluralista no fato. Ademais, em qualquer desses delitos será possível verificar e distinguir entre coautores e simples partícipes, em face da norma do art. 29 do Código Penal que manda se proceder à diferenciação da culpabilidade de cada um.

A participação especial

Há duas formas de participação especial: nos delitos especiais e nos delitos qualificados pelo concurso de agentes. Nestes últimos, já se ressaltou atrás, que tanto será possível a coautoria quanto a participação, sendo que, em cada caso, se deve também proceder a uma interpretação sistemática e principiológica da lei penal para identificar, com precisão, quando deverá incidir o especial aumento de pena. Já quanto aos primeiros (delitos especiais), há algumas indagações importantes, que foram formuladas no Brasil por *Nilo Batista*, em sua alentada obra sobre o tema.

O Código Penal brasileiro quis disciplinar a matéria, inserindo a regra do art. 30, que tem suscitado ainda enormes controvérsias. De conformidade com esta regra, nos delitos que delimitam o círculo de autores, em face de algumas de suas qualidades pessoais, como, por exemplo, funcionários, médicos, comerciantes, militares, etc., esses elementos pessoais de autoria se estendem aos demais participantes, se forem essenciais à configuração do tipo de delito. A doutrina fala, aqui, de “elementares”, terminologia um pouco canhestra e bem própria do idioma cartorário, que costuma substantivar adjetivos e verbos sem qualquer cerimônia. Na verdade, essas “elementares” nada mais são do que elementos de autoria inseridos no tipo e dos quais depende a existência do próprio delito. O exemplo clássico é do crime de peculato (art. 312), que pressupõe que o autor seja

funcionário público. Diz-se melhor: a qualidade de funcionário é elemento essencial do tipo do peculato.

Esses elementos se mostram presentes em duas formas de configuração típica: ou como elementos únicos que engendram um tipo de delito originário, por exemplo, o delito de prevaricação (art. 319) ou o delito de abandono de função (art. 323); ou como elementos especiais de autoria, que modificam a tipicidade originária e transformam o fato em um delito especial, mas que guarda correspondência com outro delito geral de que tenha derivado; por exemplo, o crime de peculato (art. 312), que tem como correspondente o delito de apropriação indébita (art. 168), ou o delito de peculato-furto (art. 312, § 1º) em relação do delito de furto (art. 155).

Fala-se, então, que os delitos originários, com elementos especiais de autoria, são os chamados **delitos especiais próprios** (prevaricação e abandono de função, por exemplo); os delitos que tenham um correspondente comum, são os chamados **delitos especiais impróprios**. Essa é uma terminologia usada pela doutrina alemã em geral (ver, por exemplo, *Jescheck*, Tratado de derecho penal, p. 240), que os autores brasileiros passaram a acolher, mais recentemente. Em oposição a essa nomenclatura, *Roxin* os considera como **delitos de dever**, nos quais inclui não apenas os delitos especiais próprios ou impróprios, como também alguns delitos de mão própria, como o falso testemunho, nos quais o autor também esteja subordinado a deveres (Strafrecht, II, p. 106). Esses **delitos de dever** se diferenciariam dos demais delitos, chamados de **delitos de domínio**. O fundamento dos delitos de dever residiria em que a figura central da realização da ação típica (o autor) não é qualificada exclusivamente em função do domínio que possui sobre o fato (como ocorre nos delitos de domínio), mas porque está submetida a deveres extratípicos, que são por ela lesados. Nestes casos, para a caracterização do tipo será indiferente a contribuição externa para o resultado. Ainda com outra formulação, *Schünemann* entende que nesses delitos subsiste um dever de proteção para com o bem jurídico ou um controle sobre determinado setor, o que os transforma em uma categoria especial de delitos de domínio. Atendendo a essas particularidades, *Bottke* os chama de **delitos de domínio configurado**, que englobariam tanto os aspectos do domínio do fato quanto de violação de deveres (Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, in Coimbra-Symposium, 1995, p. 235).

A doutrina brasileira sempre dedicou a esses delitos um mesmo tratamento, por aplicação direta da norma do art. 30 do Código Penal. Caso, assim, ocorresse participação no crime de peculato, os agentes responderiam, todos, por peculato. Era a velha solução da teoria monista proposta por *Hungria*, até hoje em evidência (Comentários ao código penal, p. 341: “*Per definitionem*, o peculato tem como sujeito ativo pessoa revestida da qualidade de funcionário público; mas, no caso de concurso de *extranei*, a estes se comunica, porque *elementar* do crime, tal circunstância de caráter pessoal, respondendo todos pelo título de peculato (art. 26= atual art. 30)”. Na doutrina estrangeira, há muito que se discute a necessidade de se diferenciar entre esses dois grupos de delitos. Para os delitos próprios, em geral, como o peculato, caso o particular deles tivesse participado, responderia pelo delito comum de apropriação indébita, enquanto o funcionário, pelo delito de peculato. Já para os delitos especialmente próprios, todos responderiam pelo delito funcional, como a prevaricação. Esse tratamento foi adotado, em parte, no Brasil por *Nilo Batista*, que procedeu, assim, a uma interpretação teleológica e sistemática do art. 30, de modo a ajustá-lo aos princípios gerais informadores do código penal. O problema está, porém, em se distinguir, aqui, entre coautoria e participação. Em qualquer caso, como o particular ou aquele que não detém as qualidades de autoria exigidas no tipo, não pode desfrutar do fato como próprio, por faltar-lhe o domínio sobre sua integral realização, não pode ser coautor de um delito especial próprio, como a prevaricação, mas simplesmente partícipe. Para *Nilo Batista*, se o particular instiga ou colabora em delito especial impróprio, responde como partícipe; se executa a ação, responde pelo delito geral (Concurso de agentes, Rio de Janeiro, 2008, p. 170). Por exemplo, se instiga uma prevaricação (art. 319), responderá também por ela em concurso com o funcionário, mas como partícipe e não como coautor. Se instiga um peculato-furto (art. 312 § 1º), responde por ele, junto com o funcionário, como partícipe; se executar a ação de subtração, responde como autor de furto (art. 155). Seguindo, porém, os fundamentos de *Roxin*, que se orienta pela infração ao dever e não pelo domínio do fato, a solução seria outra: aplicando-se analogicamente o art. 29, § 2º, tem-se que, no último caso, o particular responde sempre pelo crime geral, ou seja, se executar a ação ou se dela participar, no caso de peculato, será responsabilizado pelo delito que lhe corresponda (furto ou apropriação). Aqui, não se trata mais de alinhar se o partícipe detinha ou não o domínio do fato, mas de desviar a responsabilidade do particular em face dos fundamentos inerentes aos delitos de dever: em vez de responder pelo delito geral,

responde pelo delito que lhe corresponderia se tivesse realizado ele mesmo a ação, sem contar com o concurso de outrem.

Pode-se, agora, também, em face das mesmas regras, decidir a questão acerca da presença no partícipe de qualidades ou motivações inexistentes no autor principal. Neste caso, apenas sobre o partícipe incidirá em seu favor ou contra ele os efeitos dessas qualificações ou motivações. Por exemplo, o filho instiga outrem a praticar um delito contra seu próprio pai; ao partícipe (filho) se aplica a agravante do art. 61, II, e, do Código Penal, mas não ao autor principal, ou vice-versa, ou seja, se só o autor principal detém a relação especial de parentesco com a vítima, só ele, portanto, terá sua pena agravada, e não o partícipe, estranho a essa relação.

A desistência e o arrependimento da participação

Fato que sempre chamou a atenção da doutrina foi o da desistência ou do arrependimento do partícipe quanto à consumação do fato. Não há no código penal regras específicas quanto a essa forma de desistência ou arrependimento. Ao contrário do que sucede quando o autor principal, ele mesmo, desiste ou se arrepende eficazmente e, com isso, beneficia o partícipe, aqui, o autor principal prossegue a executar o fato, enquanto o partícipe se arrepende de lhe haver prestado colaboração.

A doutrina alemã, nessas hipóteses, pouco inova, porque aplica simplesmente as regras contidas no § 24 II do respectivo código penal, que são bem explícitas sobre o tema. Como não há regras entre nós sobre esse tema, podem ser tomados como modelo os arts. 15 e 16 do Código Penal, que disciplinam a matéria, em se tratando de desistência e arrependimento do próprio autor principal. A regra seria de que a desistência ou o arrependimento só teriam a eficácia de excluir a punição, caso o delito não se consumasse. Assim, se o partícipe desistisse ou se arrependesse, deveria envidar todos os esforços para evitar a consumação. Mas esta regra precisa ser atenuada em face da participação, que constitui apenas uma colaboração para o fato e não sua própria execução. Estas regras devem valer, em toda sua extensão, apenas para os coautores. Aos partícipes devem ser seguidos alguns contornos. Às vezes, apesar de todo esforço possível, o delito se consuma, porque o autor principal o levaria adiante, mesmo sem qualquer participação de outrem. Aqui, então, se poderiam aplicar os efeitos do princípio do *omnimodo facturatus*, no sentido de que, se o autor principal estiver já convencido de que deverá realizar o fato sem qualquer estímulo ou colaboração, mesmo que essa convicção

se tivesse formado depois dos atos de participação, esta, na verdade, se tornou, em certa medida, inútil, o que conduz à isenção de pena para o partícipe, se este envidou esforços para evitar o fato, sem o conseguir. O fundamento para tal isenção de pena seria, neste caso, analogicamente, semelhante ao da inexigibilidade de outra conduta: diante da resoluta disposição do autor principal, não se pode exigir do partícipe uma conduta que exceda sua própria capacidade. Punir-se, neste caso, o partícipe, apesar de todo seu empenho no sentido de evitar a prática do delito pelo autor principal, já decidido a consumá-lo a qualquer custo, constituiria simplesmente uma reprovação moral, ou uma reminiscência do velho princípio *versari in re illicita*, pelo qual todo aquele que houvesse, objetiva ou subjetivamente, contribuído para o evento, responderia por todas suas conseqüências. Da mesma forma, caso ainda o delito se consume, sem a convicção autônoma do autor principal, pode o arrependimento do partícipe beneficiá-lo com a causa de especial diminuição de pena prevista no art. 16, ou seja, na forma de um arrependimento posterior.

O excesso na participação

Relativamente ao excesso na participação, o art. 29, § 2º do Código Penal diz que se o agente quis participar de crime menos grave, só responde por este, mas terá sua pena aumentada até metade se o resultado mais grave for previsível. Assim, em primeiro lugar, convém destacar que o código ressalta aqui um desvio essencial quanto ao fato, ou seja, o partícipe quis, na realidade, participar de outro fato, menos grave, mas outro resultado ocorrera sob sua participação material. Mas, será preciso verificar também como se procede quando, apesar de os fatos serem de igual gravidade, as respectivas figuras típicas forem diversas. Neste caso, o tratamento do excesso na execução do fato por parte do autor principal deve seguir, analogicamente, as regras que informam a imputação objetiva e subjetiva. Em primeiro lugar, deve-se considerar que o fato constitua obra atribuível à colaboração do partícipe. Caso essa colaboração já não possa ser vislumbrada, o excesso não lhe pode ser estendido. Isso ocorre de dois modos: quando, objetivamente, algumas circunstâncias interferiram no fato e o desnaturem para fins de imputação, ou quando, subjetivamente, o desvio produzido ocasione a perda de contato com o dolo do agente. Não há que se falar, então, agora, como se fazia sob a égide da teoria causal, que o partícipe responde até onde se estenda o desdobramento de sua contribuição. Esta era uma argumentação que tomava como modelo a hipótese de solução do regresso infinito prevista para a teoria da condição, contida ainda no § 1º do art. 13 do Código Penal.

Ocorre que não apenas nessa hipótese é excluída a imputação, mas também quando a contribuição para o fato originário não tenha aumentado o risco de que outro resultado se produzira, ou que a própria contribuição implicara uma execução menor do fato, em face, por exemplo, da menor potencialidade ofensiva do instrumento emprestado ao autor principal para sua execução. Como o tipo legal já não é mais constituído de mera produção causal do resultado, mas agora, também, de elementos subjetivos, toda a questão do dolo impõe, por sua vez, uma limitação relativa à sua atribuição ao partícipe. Quando o fato não possa mais ser abarcado por ele, não em termos de causalidade, mas também em torno do próprio risco para a produção de outro resultado, o excesso do autor do principal não lhe é, igualmente, extensível. Por exemplo, o partícipe fornece ao autor principal um atestado médico falsificado para que este obtenha exclusivamente dispensa do trabalho, mas o autor principal usa esse atestado para habilitar-se à isenção do imposto de renda, alegando ser portador de moléstia grave. Apesar de o atestado, como instrumento, ser idôneo para ambas as infrações, a limitação imposta pelo partícipe quanto ao seu uso delimita também o processo de imputação. Na realidade, o partícipe não quis produzir uma lesão fiscal, apenas beneficiar o amigo no serviço. Essa hipótese é interessante, porque, como o autor principal não iniciou a execução do delito contra o empregador, mas sim o delito de sonegação fiscal para o qual o partícipe não estendeu seu dolo, não pode ele ser responsabilizado pelo delito que não realizou, em face da absoluta discrepância entre os dois tipos, tendo, assim, excluída sua imputação subjetiva. A esta conclusão havia chegado, inclusive, *Roxin*, para quem “O excesso do autor principal não pode ser imputado ao instigador, quando ocorra alteração de tipo” (Strafrecht, AT, vol. II, 2003, p. 165). Pela regra do art. 29, § 2º, para que o partícipe pudesse responder pelo delito que quis realizar, seria preciso que os tipos guardassem certa semelhança ou pudessem estar em uma relação de concurso ou mesmo de unidade de ação. A antiga proposta de aplicação da regra da limitação do regresso seria, aqui, imprópria, porque, afinal, o delito de sonegação foi executado com o instrumento fornecido pelo partícipe. O fato, em si, de haver promovido um atestado falso é outra questão, fora da relação de concurso, que deverá ser apreciada como seu ato individual e pelo qual poderá ele ser responsabilizado.

Questão mais complexa diz respeito ao excesso resultante de *aberratio ictus* ou de *error in persona*. Alguém paga outrem para matar B, mas o executor acaba matando C. Quanto a esse fato, a doutrina se divide. *Wessels*, por uma parte, entende que o mandante responde pelo crime contra C, porque a instigação quanto à morte de uma pessoa prescinde de

uma identificação da vítima; de qualquer modo, alguém morreu em virtude da execução do mandato (Strafrecht, AT, p. 206). Esses argumentos são também esgrimidos por *Backmann*, *Cramer-Heine*, *Maurach-Zipft* e *Puppe*, entre outros. *Roxin*, por outra parte, propõe uma solução de compromisso: o mandante seria punido por tentativa de homicídio e o executor, por homicídio consumado (Strafrecht, AT, II, 167). Esta tese de *Roxin* é também compartilhada por *Bemmann*, *Jescheck*, *Hillenkamp* e *Rudolphi*, entre outros. Convém ponderar quanto a isso o seguinte: se o instigador definiu, com precisão, a identificação da vítima, por exemplo, um homem alto e barbudo, mas o executor mata uma mulher baixa e pálida, claro está que, aqui, o erro do executor deve levar o instigador a ser responsável apenas por tentativa de homicídio, mas não pelo homicídio consumado da mulher. Em face das normas que regem a matéria do erro na execução ou de pessoa no Código Penal brasileiro (arts. 20, § 3º e 73), parece que essas soluções podem ser também aplicadas no Brasil, porque, na verdade, o erro do executor no último caso (de confundir um homem alto e barbudo com uma mulher baixa e pálida) é de tal forma gritante (evitável), que só pode implicar uma interpretação restritiva daqueles dispositivos. Com efeito, dizem aqueles dispositivos que o erro obriga a responsabilizar o executor como se tivesse praticado o crime contra a pessoa visada; mas, por força da aplicação analógica do art. 29, § 2º, deve-se levar em conta que para o mandante, quando o erro é gritante (evitável), o máximo que se deve fazer é responsabilizá-lo por tentativa, e não pelo delito consumado, em face da ruptura em relação à extensão de seu elemento subjetivo.

Pode ocorrer, porém, que o executor mate B e, além disso, C. Aqui, tem-se que fazer uma diferenciação quanto à modalidade de erro, se na execução ou quanto à pessoa. Quando se trate de erro na execução, nosso código manda aplicar a regra do concurso formal (art. 73), podendo-se, então, verificar em cada caso se o segundo fato pode ainda se incluir no dolo do mandante ou se lhe pode atribuir, quanto a esse fato, um delito culposos de homicídio. Por exemplo, o agente atira contra B, que ele queria matar e que está, por acaso, junto de C, e acaba matando ambos, ou produzindo ferimentos em C e a morte de B. Nesse caso, atendendo à regra do código teremos o seguinte: dependendo de seu dolo, o agente pode responder por dois homicídios dolosos, ou por um homicídio doloso e outro, culposos; ou por um homicídio doloso e lesão corporal dolosa, ou por um homicídio doloso e uma lesão corporal culposa. Se, contudo, ocorrer a morte de C (pessoa não visada) e ferimentos em B (pessoa visada), o agente responderá por tentativa de homicídio (quanto aos ferimentos de B) e homicídio consumado, doloso ou culposos

(quanto à morte de C). Em relação ao mandante, deve-se verificar o seguinte: se seu dolo coincidir integralmente com o dolo do executor (por exemplo, o mandante está próximo às vítimas e, assim, pode visualizar que a morte de B acarretará também a morte de C e estimula o executor a atirar), responde por ambos os delitos, o que, na verdade, é muito raro; se não coincidir, o que é mais comum, o mandante responderá por homicídio doloso e, *conforme o caso*, também, em concurso formal, por homicídio culposo ou lesão corporal culposa; ou ainda por tentativa de homicídio doloso (quanto aos ferimentos em B) e homicídio culposo ou lesão corporal culposa (quanto à morte ou aos ferimentos de C). Digo “conforme o caso”, porque para que o mandante responda também pelos delitos culposos, será necessário por à prova os elementos dos delitos culposos relacionados ao processo de imputação, por exemplo, ao incremento do risco, à previsibilidade objetiva e subjetiva e à evitabilidade desse segundo evento. Se não estiverem presentes os elementos do fato culposo, o mandante só será responsabilizado pelo homicídio doloso consumado ou por tentativa de homicídio. Quando o erro se refira à pessoa (art. 20, § 3º), em que o agente confunde inicialmente B e C, e para corrigir o erro e cumprir o mandato acaba matando ambos, o mandante só responde por um homicídio doloso consumado. Nesta última hipótese, o erro do executor não pode prejudicar o mandante.

Vê-se, por outro lado, que essas soluções se aplicam aos excessos relativos a delitos que atinjam bens jurídicos personalíssimos, como a vida, a integridade física, a liberdade ou a honra das pessoas. Em se tratando de bens jurídicos patrimoniais, o erro do executor não exclui a instigação se estiver relacionado a efeitos quantitativos. Por exemplo, tanto instigador como executor respondem pelo crime de furto qualificado, embora a instigação tenha sido para um furto simples. Diz-se que nesse caso o desvio é indiferente a ambos. Se, porém, o desvio implicar uma alteração qualitativa, o instigador só responderá pelo delito que quis instigar. Por exemplo, instigou um furto, mas o executor realizou um roubo. Neste caso, será preciso verificar, porém, se o instigador não atuou com dolo eventual: sabendo que o executor estava armado, assumiu o risco de que empregasse a arma contra a vítima e daí executar o crime de roubo.

Caso também delicado é o do **agente provocador**. Aqui, devem ser diferenciadas duas hipóteses: o agente provocador é um particular, que estimula o crime para depois prender o executor, ou o agente provocador é um agente policial, infiltrado para desbaratar uma quadrilha.

Na primeira hipótese (do particular), tem-se que o instigador, porque atuava no sentido da proteção do bem jurídico, restará impune, se conseguir evitar a consumação do delito ou o seu exaurimento (nos crimes patrimoniais). Por exemplo, A espera do lado de fora da loja para prender o ladrão com as mercadorias furtadas. Se se tratar de delito contra bens personalíssimos as regras mudam e o instigador deverá responder pelo fato se abarcou em seu dolo a consumação do delito, ou por crime culposos se não o fez, mas faltou-lhe o cuidado necessário para evitar a consumação do fato. Convém lembrar que, nos delitos patrimoniais, se o instigador for o único titular do bem jurídico, ficará impune, independentemente se o delito se consumou ou não. Também cabe aqui a ponderação de que se o delito não pudesse ser consumado porque o agente instigador dominava completamente sua execução, tratar-se-á de uma modalidade de crime impossível, bem explicitada, por sua vez, na Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Na segunda hipótese (do agente policial), há que se destacar o seguinte: só se admite a infiltração da polícia em determinados crimes. No Brasil, a figura do agente infiltrado está prevista na Lei 11.343/2006, art. 53, que trata da repressão ao tráfico de drogas. Nesta lei também se prevê a ação controlada, pela qual os agentes policiais se omitem da repressão imediata ao delito, a fim de obterem a identificação e prisão de outros, ou de todos os membros da organização criminosa. A autorização para as atividades do agente infiltrado, porém, deve decorrer de decisão judicial, depois de audiência do Ministério Público. Se, por força da instigação, ou mesmo de colaboração, o fato for cometido (por exemplo, um tráfico de drogas), o instigador, porque autorizado pela decisão judicial e dentro dos limites legais a realizar tal trabalho, restará impune em face da incidência do exercício regular de um direito. Embora seja contestável essa autorização para delinquir, a lei assim o admite dentro de certos limites, com o objetivo de “identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e de distribuição”. Contudo, é preciso ressaltar que essa autorização só vale para os casos expressos em lei. Se o policial instiga um delito de homicídio, por exemplo, e este vem a ocorrer, responde ele pelo fato, como qualquer instigador. Se o agente policial se infiltrar, sem autorização judicial, em uma quadrilha e repartir com os demais as operações de tráfico ou nelas colaborar, responderá como partícipe, ainda que seu propósito seja o de, posteriormente, prender seus supostos comparsas. Além dessas hipóteses de instigação, por infiltração, é comum a chamada preparação do flagrante: a polícia estimula a execução criminosa, com o intuito de prender os autores. Essa prática já ensejou muitas discussões em torno da

diferença entre flagrante preparado e esperado, a ponto de implicar o enunciado da Súmula 145 do STF, acima citada. A diferenciação só terá relevância, porém, para se determinar a punibilidade do agente policial, caso o delito se consuma, ou seja, se o fato for estimulado e se consumar, mesmo contra a expectativa policial, quem o instigou responderá pelo delito. Mas se o policial apenas esperou que o delito se desenrolasse para, então, efetivar a prisão será preciso distinguir o seguinte: tratando-se de crime contra a pessoa, por exemplo, um homicídio, a espera pelo policial em relação à morte da vítima pode implicar sua responsabilidade pelo delito de homicídio por omissão, desde que, no momento do fato, estivesse ele em condições de evitá-lo. Por outro lado, mesmo que a polícia não tenha estimulado o delito e apenas espere sua execução, poderá ocorrer delito impossível, se essa execução estivesse de tal forma controlada que não se pudesse contar com a lesão do bem jurídico. Por exemplo, a polícia espera no jardim da casa, inteiramente cercada, pela saída do ladrão com os objetos subtraídos. Caso o ladrão tivesse toda sua ação já previamente controlada e não pudesse fugir ou se manter na posse dos objetos, ainda que empregasse qualquer outro recurso, a espera policial, pelo princípio da realidade, constitui verdadeiro impedimento de consumação. Nesta hipótese é irrelevante a diferença entre flagrante preparado e esperado.

O concurso nos crimes omissivos

Inicialmente se pode dizer que a maioria da doutrina rejeita a autoria mediata nos delitos omissivos, quer dizer, a autoria mediata por omissão. Como explica *Stratenwerth*, essa impossibilidade decorre de que, nos delitos omissivos, falta o domínio do fato e conseqüentemente o domínio sobre a execução a ser perpetrada pelo instrumento (autor imediato). Desde que o domínio sobre o fato se tenha de extrair exclusivamente do instrumento, porque este é quem executa a ação, pode-se concluir que o autor mediato não o detém, descaracterizando-se, assim, a figura da autoria mediata por omissão (*Strafrecht*, AT, 4ª edição, 2000, p. 403). Em relação ao concurso de agentes (coautoria e participação), a doutrina, em geral, o admite. Aqui, porém, cabem algumas importantes considerações. *Stratenwerth* afirma que, teoricamente, seria possível a coautoria, mas como cada um responde pela infração ao dever de agir, será ela inútil. Em contrapartida, admite-a em uma hipótese: quando o cumprimento do dever estiver afeto, conjuntamente, a mais de um omitente. *Stratenwerth* dá o exemplo de alguém que está preso, inadvertidamente, em um cofre, cuja abertura depende da atuação conjunta de duas pessoas. Neste caso, ambos se omitem em abrir o cofre e assim, atuariam em

coautoria; se um deles, porém, estiver disposto a agir, mas nada puder fazer em face da omissão do outro, há de ser reconhecer apenas a omissão daquele que se recusou a atuar, mas não a coautoria. Aqui, o que se exigiria seria apenas um esforço de quem estava decidido a atuar para obter do outro a respectiva atuação, ainda que sem sucesso. Embora a argumentação de *Stratenwerth* seja atraente, podemos dizer que não há concurso de agentes nos delitos omissivos. Essa conclusão está de acordo com os ensinamentos de *Welzel* (*Derecho penal alemán*, 1970, p. 305) e de *Armin Kaufmann* (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 189), ainda bastante atuais e corretos nesse sentido. Seguem esse entendimento no Brasil, também, *Luiz Regis Prado* (*Curso de direito penal brasileiro*, 2001, p. 318) e *Nilo Batista* (*Concurso de agentes*, 2004, p. 173), este último com importante discussão em torno da autoria mediata, da instigação e da cumplicidade. Apesar de registrar a posição de *Welzel*, não toma partido explicitamente *Juarez Cirino dos Santos*, mas dá a entender que também não admite a coautoria, ao ressaltar que no caso de ambos os pais violarem o dever de impedir o resultado, cada um responde como “autor independente por omissão de ação” (*Direito penal, parte geral*, 2007, p. 366).

A negação do concurso nesses fatos está fundada no argumento, bastante procedente, de que, em se tratando de delitos de dever, o preenchimento desses deveres deve ser individualizado para cada um dos sujeitos. A admissão do concurso, então, implicaria um regresso à antiga teoria monista e só teria resultados práticos para ampliar a punibilidade, sem consideração a que os deveres, aqui, não são elementos apenas da culpabilidade, mas sim também da tipicidade. E como tal devem comportar uma análise separada em relação a cada um dos que estejam obrigados a atuar, justamente também porque estão sempre referidos à capacidade pessoal de realizar a ação esperada. Todos os omitentes respondem, assim, como autores colaterais, desde que tenham infringido o dever de agir ou de impedir o resultado. Por exemplo, se todos se omitiram de salvar a vítima, embora pudessem haver realizado a ação, serão autores de omissão de socorro. Se os sujeitos são garantidores do bem jurídico e, podendo, não impediram o resultado, todos serão autores do delito omissivo impróprio correspondente à ação. Tal entendimento não é alterado em face do exemplo do cofre formulado por *Stratenwerth* acerca da necessidade de um cumprimento conjunto do dever de abri-lo por ambos os omitentes. Aqui, cada um responderá igualmente por delito de seqüestro (ou cárcere privado) por omissão, independentemente da coautoria. Questão controversa é ainda a da intervenção de terceiro na omissão alheia. Uma vez que o instigador ou o partícipe não tenham o dever

de agir, restam impunes em relação ao delito resultante da omissão do sujeito principal. Por exemplo, se alguém instiga o pai a não salvar o filho, responderá apenas por omissão de socorro, que é o fato omissivo que lhe corresponde e não por homicídio por omissão; quanto a este último só pode ser atribuído ao pai. O mesmo ocorre se, em vez de instigar e atendendo a seu pedido, se presta a dar uma carona ao pai para retirá-lo do local do socorro: o motorista só responde por omissão de socorro. Há que se fazer, porém, uma ressalta: se alguém impede o cumprimento do dever de agir por outrem, ou seja, impede que salve a vítima, não será autor de omissão de socorro, será autor de um delito comissivo, correspondente ao resultado ocorrido. Por exemplo, se alguém amarra outrem ou o agride e, assim, impede que este salve a vítima que se está afogando e esta morre, aquele responde por homicídio. Mais clara ainda se mostra, aqui, a comissão e não simplesmente a omissão, quando o agente, por exemplo, intervém na ação de salvamento já em curso, desviando-a, assim, do objetivo visado, que era a de salvar a vítima. Mas, em ambos os casos, o crime será comissivo e não omissivo, porque na realidade houve uma ação interveniente na conduta alheia e não simplesmente uma omissão ou uma prestação de ajuda para a omissão. Está claro, todavia, que não modifica a responsabilidade do agente por homicídio a alteração dos fundamentos dessa responsabilidade, se efetivamente se trata de uma pura comissão (para aqueles que admitem que houve, aqui, a produção causal de um evento) ou se comissão por omissão (para aqueles que encaram o fato como ingerência).

O concurso nos delitos qualificados pelo resultado

A doutrina tem admitido também o concurso de agentes nos delitos qualificados pelo resultado. Mas esse concurso deve estar submetido a algumas condições. Nos delitos qualificados por resultados dolosos, por exemplo, art. 157, § 3º, segunda parte (latrocínio), os participantes devem dirigir seu dolo de participação tanto em relação à ação básica dolosa, quanto ao resultado mais grave doloso (querer a subtração e ainda a morte da vítima). Nos delitos qualificados por resultado culposo, por exemplo, art. 129, § 3º (lesão corporal seguida de morte), a situação se complica, porque os participantes não querem o resultado mais grave, ou seja, a morte; querem apenas a realização da ação lesiva básica, ou seja, a lesão corporal. A morte lhes é estendida a título de culpa. A solução dogmática melhor ajustada para esses casos vem ainda de *Welzel*: só haverá participação quanto ao delito base doloso e todos que tiverem atuado com culpa em relação ao resultado mais grave sofrem também essa agravação em face de uma autoria

colateral culposa (Derecho penal alemán, p. 175). Dá-se, então, a combinação de uma participação e de uma autoria colateral num mesmo fato. Isso implica verificar para todos se o resultado mais grave era, pelo menos, previsível e evitável, pois a análise desse resultado deverá ser individualizada para cada um dos participantes. Não basta, assim, que o sujeito queira participar do delito básico, será preciso examinar também as condições de sua vinculação ao resultado mais grave culposos. Como o dolo em relação ao delito básico já engloba uma violação ao risco autorizado, não será necessário proceder-se, então, à análise da tipicidade desse resultado mais grave culposos e sua imputação ao agente; basta trabalhar-se apenas com os elementos da culpabilidade, ou seja, com a imputabilidade, a consciência potencial do injusto, à previsibilidade e evitabilidade subjetiva do agente e, até a mesmo à exigibilidade de conduta diversa. Uma vez que nenhum desses elementos possa ser descartado, estará completa a culpabilidade e, assim, também a responsabilidade pelo resultado mais grave culposos. (Sobre os elementos da culpabilidade no fato culposos, remeto ao meu livro Teoria do Crime Culposos, 2009, p. 411 e seguintes).