



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
Faculdade de Direito

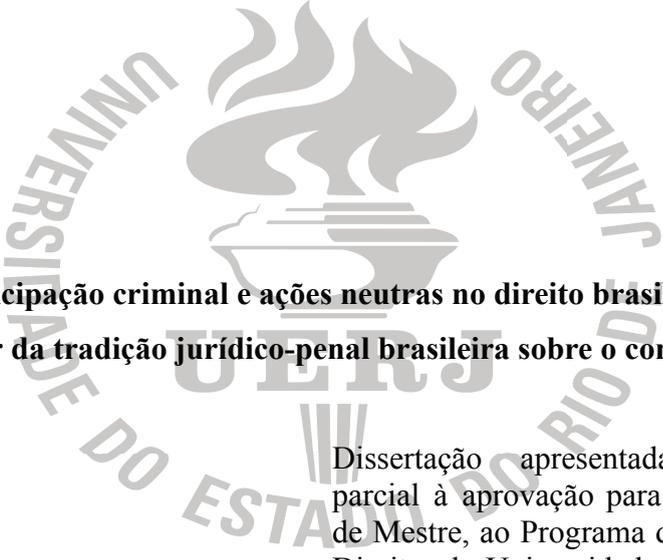
Raphael Thadeu Carvalho Dias Gaudio

**Participação criminal e ações neutras no direito brasileiro:
reflexões a partir da tradição jurídico-penal brasileira sobre o concurso de
pessoas**

Rio de Janeiro

2024

Raphael Thadeu Carvalho Dias Gaudio



**Participação criminal e ações neutras no direito brasileiro:
reflexões a partir da tradição jurídico-penal brasileira sobre o concurso de pessoas**

Dissertação apresentada, como requisito parcial à aprovação para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato

Rio de Janeiro

2024

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G267 Gaudio, Raphael Thadeu Carvalho Dias

Participação criminal e ações neutras no direito brasileiro: reflexões a partir da tradição jurídico-penal brasileira sobre o concurso de pessoas / Raphael Thadeu Carvalho Dias Gaudio. - 2024.
133f.

Orientador: Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Cumplicidade - Teses. 3. Ações neutras - Teses. I. Lobato, José Danilo Tavares. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Raphael Thadeu Carvalho Dias Gaudio

**Participação criminal e ações neutras no direito brasileiro:
reflexões a partir da tradição jurídico-penal brasileira sobre o concurso de pessoas**

Dissertação apresentada, como requisito parcial à aprovação para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 09 de dezembro de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Beatriz Corrêa Camargo
Universidade Federal de Uberlândia

Rio de Janeiro

2024

DEDICATÓRIA

À minha avó Marilucia (*in memoriam*), minha primeira e mais paciente professora.

AGRADECIMENTOS

Sou da ideia de que nessa vida não é possível realizar nada de relevante sozinho. Devo este trabalho a tantas pessoas que não vou nem tentar nominar todas – há coisas que não precisam ser ditas e a gratidão genuína é um sentimento que dispensa holofotes.

Agradeço, sempre em primeiro lugar, aos meus pais, por terem feito tudo para proporcionar aos seus filhos uma educação melhor do que a que tiveram. Obrigado por compreenderem minhas ausências nesse período difícil e por sempre terem apoiado minhas escolhas acadêmicas e profissionais, mesmo quando pareciam loucuras aos olhos de qualquer pessoa com senso. À minha mãe, a especial gratidão pelo esforço de tentar compreender os intrincados ritos da academia para poder oferecer aquele incentivo e aquele consolo que só as mães conseguem proporcionar.

À Luciana, minha parceira de vida, por ser a principal depositária das minhas angústias, medos e frustrações; por ser sempre a primeira revisora e maior fã de tudo o que eu escrevo (mesmo quando está ruim); por me ajudar a encontrar forças para seguir sempre em frente; e por ser um alento, a calma em meio ao caos, a felicidade das coisas mais banais.

Às minhas irmãs, meus afilhados, e a toda a minha família. O mundo é um lugar melhor só por vocês existirem.

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato, por ser exatamente o orientador que eu precisava. Sempre disponível, revisor rigoroso, tranquilizador nos momentos de desespero e impulsionador nos de relaxamento. Não sei se fui capaz de produzir um bom trabalho, mas certamente foi muito melhor do que seria sem a sua orientação.

A todos os professores do PPGD da UERJ, que muito me ensinaram ao longo destes dois anos. Um agradecimento especial ao Prof. Dr. Christiano Fragoço pelas valiosas indicações na banca de qualificação, que representaram uma verdadeira correção de rumos da pesquisa; pelo gentil compartilhamento de obras de difícil acesso; e por ter me ensinado pelo exemplo, no curso do estágio docente, o que é ser um professor de direito penal.

Ao meu sócio, Cláudio Costa, e a todos os colegas e ex-colegas de escritório, que sempre me deram todo o apoio necessário para concluir essa jornada, tão difícil de conciliar com as exigências e urgências da advocacia criminal.

Aos meus amigos do PPGD, em especial aos meus colegas de turma, Gabriela, Ana Clara, Patrícia, Marina, Eduardo, Lucas e Fransuellen, por todo o companheirismo.

A todos os meus amigos, de quem mantive forçada distância ao longo desse ano. Prometo que agora vou parar de recusar os convites de vocês.

RESUMO

GAUDIO, Raphael Thadeu Carvalho Dias. *Participação criminal e ações neutras no direito brasileiro*: Reflexões a partir da tradição jurídico-penal brasileira sobre o concurso de pessoas. 2024. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

Especialmente a partir da década de 1990, ganhou notoriedade na dogmática penal o debate sobre as chamadas ações neutras, cujo propósito é investigar os limites e os fundamentos da participação punível, especialmente em face de atos cotidianos ou profissionais que são, em si, lícitos, mas que em dados contextos podem contribuir para a realização de um injusto alheio. O debate, que se desenvolveu primordialmente na dogmática penal alemã, aportou em terras brasileiras a partir dos anos 2000 e desde então vem sendo objeto de atenção de nossos penalistas. O presente estudo se propõe, inicialmente, a investigar a evolução histórica do concurso de pessoas no direito penal brasileiro, tanto sob o prisma normativo, quanto pelo tratamento que lhe foi dedicado pela doutrina e pela jurisprudência. Em seguida, será traçado um panorama teórico do concurso de pessoas na atualidade, com o desenvolvimento dos conceitos essenciais para a compreensão do fenômeno da participação criminal e de sua distinção com a autoria. Na sequência, serão analisadas e criticadas as obras brasileiras que se dedicaram ao estudo das ações neutras, para avaliar se as propostas são compatíveis com a tradição jurídico-penal brasileira do concurso de pessoas. Por fim, serão esboçadas algumas bases para a construção de um tipo penal de auxílio que possa limitar a amplitude da participação punível de uma forma racionalmente justificada.

Palavras-chave: direito penal; cumplicidade; ações neutras.

ABSTRACT

GAUDIO, Raphael Thadeu Carvalho Dias. *Criminal Participation and Neutral Acts in Brazilian Law: Reflections on the Brazilian legal-criminal tradition regarding complicity*. 2024. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

Since the 1990s, the debate on so-called "neutral actions" has gained prominence in criminal law doctrine. This debate seeks to examine the limits and foundations of punishable participation, especially in relation to everyday or professional acts that are lawful in themselves but, in certain contexts, may contribute to the commission of a third-party offense. Initially developed within German criminal law scholarship, this debate reached Brazil in the 2000s and has since attracted the attention of Brazilian criminal law scholars. This study first aims to investigate the historical evolution of complicity in Brazilian criminal law, considering both the normative framework and the treatment given to it by legal doctrine and case law. Subsequently, it will provide a theoretical overview of complicity today, developing essential concepts to understand the phenomenon of criminal participation and to distinguish it from perpetration. Following this, the study will analyze and critique Brazilian works that focus on neutral actions to assess whether these proposals align with the Brazilian criminal law tradition regarding complicity. Finally, it will outline some foundations for the construction of concept of complicity that could rationally limit the scope of punishable participation.

Keywords: criminal law; complicity; neutral acts.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	UM HISTÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
1.1	O período das Ordenações.....	11
1.2	O Código Criminal do Império.....	13
1.3	O Código Penal da Primeira República.....	21
1.4	O Código Penal de 1940.....	34
1.5	O Código Penal de 1969.....	42
1.6	A reforma da Parte Geral de 1984.....	44
2	UM PANORAMA TEÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS.....	46
2.1	Monismo, dualismo e pluralismo.....	47
2.2	Conceito extensivo e conceito restritivo de autor.....	48
2.3	Autoria como um problema prévio à participação.....	50
2.3.1	<u>Autoria direta como domínio da ação.....</u>	<u>52</u>
2.3.2	<u>Autoria mediata como domínio da vontade.....</u>	<u>53</u>
2.3.3	<u>Coautoría como domínio funcional do fato.....</u>	<u>56</u>
2.3.4	<u>Autoria nos delitos de dever.....</u>	<u>58</u>
2.3.5	<u>Autoria nos crimes de mão própria.....</u>	<u>59</u>
2.3.6	<u>Autoria nos crimes culposos.....</u>	<u>60</u>
2.4	Princípio da acessoriedade.....	63
2.5	Participação criminal em sentido estrito: instigação e cumplicidade	64
2.6	O elemento subjetivo da participação.....	67
3	O DEBATE SOBRE A CUMPLICIDADE POR MEIO DE AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	69
3.1	Luís Greco e o critério da idoneidade.....	73
3.1.1	<u>Crítica.....</u>	<u>77</u>
3.2	José Danilo Tavares Lobato e a teoria do abuso do direito.....	80
3.2.1	<u>Crítica.....</u>	<u>82</u>
3.3	O dever de solidariedade em João Daniel Rassi.....	85
3.3.1	<u>Crítica.....</u>	<u>87</u>
3.4	Rossetto e a proibição de regresso.....	88

3.4.1	<u>Crítica</u>	91
3.5	Idoneidade e sentido delitivo: a construção de Paula Brener	92
3.5.1	<u>Crítica</u>	94
3.6	Ações neutras sob a perspectiva de delitos ou agentes específicos	96
3.6.1	<u>As ações neutras em face do crime de lavagem de dinheiro</u>	96
3.6.1.1	Crítica.....	99
3.6.2	<u>Ações neutras e a responsabilidade penal pela cadeia de fornecedores</u> ..	101
3.6.2.1	Crítica.....	103
3.6.3	<u>Ações neutras no âmbito de fraude fiscal estruturada</u>	104
3.6.3.1	Crítica.....	106
3.7	Aproximação de uma resposta: algumas bases para um conceito limitativo de auxílio	107
3.7.1	<u>Por que não imputação objetiva?</u>	110
3.7.2	<u>Se não a imputação objetiva, o quê?</u>	113
3.7.2.1	Algumas perspectivas da teoria das normas.....	114
3.7.2.2	Auxílio como melhora das possibilidades ou dos meios de realização do fato.....	115
3.7.2.3	A regulação como parte da definição da norma de comportamento.....	117
3.7.2.4	O sentido delitivo como indício da tipicidade subjetiva.....	118
	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

O crime, como qualquer obra humana, pode ser o produto das intervenções de uma multiplicidade de pessoas, com participações similares ou diferentes – é o que denominamos, em direito penal, de concurso de pessoas (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 424). O concurso de pessoas sempre representou um dos mais complexos problemas do direito penal moderno, afinal, se são infinitas as formas possíveis de contribuir para um fato punível, como estabelecer os limites entre o proibido e o permitido sem vulnerar o princípio da legalidade, pedra angular do direito penal nas sociedades democráticas? Com o desenvolvimento tecnológico e a constante expansão do direito penal, que passou a cada vez mais incidir sobre todos os âmbitos da vida social – como a atividade econômica, o meio ambiente, as relações de consumo etc. –, além do aumento da complexidade dos fatos regulados pelo direito penal (D’ávila, 2013, p. 66-67), este problema foi elevado à enésima potência.

Nesse sentido, há um perceptível incômodo dogmático com a criminalização de condutas profissionais ou cotidianas, cujo sentido não se limita a contextos delitivos – as chamadas ações neutras, objeto de intenso debate na dogmática contemporânea. Adotamos para as ações neutras a definição de Lobato (2009, p. 11), para quem “pode-se entender como neutra uma contribuição ao injusto penal por alguém cuja reprovação penal não seja manifestamente exteriorizada” (Lobato, 2009, p. 11), definição que se aproxima da de Luís Greco (2004, p. 110). Em comum, ambos os autores adotam um conceito aberto, que nada antecipa sobre a tipicidade ou não da conduta.

Múltiplas propostas foram desenvolvidas para equacionar o problema das chamadas ações neutras, das quais podemos citar, exemplificativamente, a adequação profissional de Hassemer (1995 *apud* Lobato, 2009, p. 57-65), a defraudação de papéis e a proibição de regresso em Jakobs (1996, p. 74-95), o direito à liberdade profissional (Ambos, 2006, p. 129), a teoria do abuso do direito (Lobato, 2009), o princípio da proporcionalidade (Greco, 2004), o dever de solidariedade (Rassi, 2014) etc. Tais propostas são, no mais das vezes, subdivididas em principiológicas – soluções a partir de princípios de direito penal –, teorias objetivas – procuram equacionar o problema no âmbito do tipo objetivo –, subjetivas – apontam a solução no âmbito do tipo subjetivo – ou mistas – quando fazem referência tanto ao tipo objetivo quanto ao subjetivo (Lobato, 2009, p. 30).

Talvez o maior defeito de diversas destas proposições seja o casuísmo de suas soluções. Se, por um lado, as teorias de Jakobs, Greco e Lobato procuram formular uma

resposta a partir dos pressupostos de uma teoria geral da participação, as construções de Hassemer, Ambos e muitos outros, tratam as ações neutras como um problema especial de participação, que procuram equacionar com soluções que não podem ser transpostas para outras hipóteses de participação criminal. Lobato (2009, p. 99) tem toda razão ao classificar a neutralidade como um “engodo hermenêutico”. Se o artigo 29 do Código Penal contém uma regra de extensão da tipicidade e se a participação em sentido estrito, por definição, pressupõe a prática de condutas que, isoladamente, não teriam relevância penal (princípio da acessoriedade), não se pode afirmar aprioristicamente a neutralidade de nenhuma conduta, que sempre dependerá do contexto em que está inserida e de sua relação com o fato principal.

Por outro lado, a ampla gama de autores que se interessaram pelo tema e a diversidade das soluções teóricas construídas são indícios de um incômodo intuitivo com a punição de determinadas condutas que, em regra, são socialmente aceitas. Isso pode significar um descompasso entre o atual estágio da arte na teoria geral da participação e uma adequada fundamentação de sua punibilidade. Se as ações neutras não são uma categoria especial no âmbito do concurso de pessoas e nem merecem uma solução particular, tampouco seu estudo deve ser negligenciado, pois representam casos limítrofes que podem nos ajudar a traçar os contornos de uma adequada teoria geral da participação. Em outras palavras, o incômodo intuitivo gerado pelas chamadas ações neutras nada mais é do que um sintoma da insuficiência dos critérios e dos fundamentos para a punibilidade da participação, excessivamente ampliadas pela doutrina majoritária, que enxerga na causalidade o único limite da imputação da participação (Camargo, 2020, p. 107).

Para enfrentar um problema desta natureza, é insuficiente o desenvolvimento de mecanismos aptos a solucionar casos pontuais (como, por exemplo, ações praticadas no âmbito profissional). Seria como atacar o sintoma, e não a doença. É necessário revisitar a teoria do concurso de pessoas para entender em qual momento a dogmática penal perdeu o rumo e quais seriam os limites racional e constitucionalmente fundamentados para a punibilidade de atos de participação. Além disso, o próprio conceito de auxílio ou de cumplicidade – que o legislador brasileiro desistiu de definir – carece de melhor esclarecimento quanto ao seu significado, para além do simplismo causalista que predomina na doutrina brasileira desde o Código Penal de 1940.

O primeiro passo para pensar em novos rumos é compreender como a dogmática penal brasileira do concurso de pessoas chegou até aqui. O presente estudo, portanto, iniciará com uma revisão histórica do concurso de pessoas no direito brasileiro, desde as ordenações que vigoraram no período colonial, o nosso primeiro Código Criminal, de 1830, e os sucessivos

códigos penais brasileiros até a reforma da parte geral de 1984, analisando a disciplina legal aplicável e os influxos teóricos que orientaram as sucessivas modificações. Também importa analisar de que forma os casos-problema que atualmente são analisados sob a rubrica das ações neutras eram solucionados pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do tempo, e de como tais soluções eram influenciadas pelo arcabouço teórico e normativo de seu tempo.

Em seguida, será traçado um panorama teórico sobre os principais aspectos do concurso de pessoas, para elucidar os debates e as perspectivas sobre elementos importantes da matéria, como as distinções entre monismo, dualismo e pluralismo, e os conceitos extensivo e restritivo de autor. Como a participação é um conceito subsidiário em relação à autoria, serão abordadas as diversas teorias que se propuseram a distinguir autoria e participação, com enfoque na teoria do domínio do fato – que será adotada apenas por razões pragmáticas, ainda que com algumas correções em relação às suas formulações mais difundidas. Aproximando-se do objeto específico da investigação, cumprirá analisar temas importantes para a participação em sentido estrito, como o princípio da acessoriedade, as formas de participação e o elemento subjetivo da participação

Ato contínuo, será esmiuçado o debate dogmático acerca das ações neutras desenvolvido no Brasil, analisando-se as obras e monografias específicas sobre o tema e formulando as críticas pertinentes a cada uma delas. Para cumprir a finalidade a que a pesquisa se propôs, tais perspectivas serão cotejadas com a tradição jurídico-penal brasileira em matéria de concurso de pessoas, desenvolvida nos dois primeiros capítulos, para identificar se as soluções teóricas oferecidas são compatíveis com o desenvolvimento histórico do tema no direito brasileiro. Por fim, serão esboçadas algumas bases para um conceito de auxílio que dê conta da tarefa de limitar a amplitude da tipicidade da cumplicidade, de forma que a punição não abarque hipóteses que não possam ser racionalmente justificadas. Para isso, será necessário avaliar se a solução preferida dos autores brasileiros – que, como veremos, é a teoria da imputação objetiva – é capaz de cumprir este objetivo ou se teremos que buscar a resposta em um marco teórico diferente.

1. UM HISTÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. O período das Ordenações

As Ordenações Afonsinas, vigentes quando do descobrimento do Brasil pelos portugueses, aqui praticamente não exerceram influência, posto que já em 1521 seriam substituídas pelas Ordenações Manuelinas (Zaffaroni, Batista, 2003, p. 413). Estas, por sua vez, teriam servido de mera referência para a organização burocrática dos primeiros anos da colônia, uma vez que o poder punitivo seria exercido de forma privada e desregulada (*Idem*). Foram as Ordenações Filipinas, portanto, que estabeleceram o eixo da programação criminalizante no período colonial, tendo permanecido em vigor até mesmo nos primeiros anos do Brasil Imperial (*Ibid.*, p. 417). Não obstante, o direito ordenacional terá importância apenas marginal em matéria de concurso de pessoas, uma vez que, como registrou Nilo Batista (2020, p. 3), as Ordenações “não possuíam – como de resto, comum nas leis de sua época – sequer um embrião de parte geral [...], onde se inserisse alguma norma sobre concurso de agentes”.

Nem por isso se desconheciam as distintas formas de realização coletiva do delito, que apareciam, aqui e ali, nas diferentes figuras delitivas. Em seu célebre estudo sobre o mandato criminal, Tobias Barreto (1892, p. 232) discorria sobre diferentes formas de instigação presentes já nas Ordenações Filipinas, como o dispositivo do Liv. 5, tít. 35, que previa a punição tanto para quem matasse outrem, quanto para quem mandasse matar; ou a figura do Liv. 5, tít. 54, referente ao crime de falso testemunho, que punia igualmente aquele que induzisse ou corrompesse alguma testemunha, fazendo-a testemunhar falsamente. Tampouco a cumplicidade era desconhecida. O título LXIII, pr. 1, do Livro V das Ordenações Filipinas apenava com o degredo perpétuo aos que “derem azo, ou encobrirem, ou ajudarem aos captivos [escravizados] fugirem”. Fazendo referência a este dispositivo, entre outros, Candido Mendes de Almeida (1869, p. 522) deduzia que “ajudar a commetter o crime, he também delinquir”. No crime de moeda falsa (Livro V, Tít. XII), eram punidos com a cruel pena de morte natural de fogo (as famigeradas fogueiras, geralmente destinadas aos hereges), além daquele que confeccionava a moeda contrafeita, todo aquele que “a isso der favor, ajuda, ou conselho, ou fôr dello sabedor, e o não descobrir”. Também o concurso necessário era conhecido, como se verifica na figura do Livro V, Tít. XLV, que punia com a pena de morte natural qualquer pessoa que “com *ajuntamento de gente*, além dos que em sua caza tiver, entrar em caza de alguém para lhe fazer mal, e o ferir a ele, ou à outrem” (grifos nossos).

Percebe-se, contudo, que o concurso era punido ora na forma de crime autônomo, ora como simples extensão da punibilidade da conduta principal em determinadas figuras, sem qualquer tratamento sistemático ou incidência geral. Nesse cenário, portanto, não havia

espaço para se pensar em ações neutras em direito penal porque inexistia uma norma de extensão da tipicidade¹ para condutas não abrangidas pelo tipo penal; ou o auxílio e a instigação eram expressamente punidos, ou estavam fora do âmbito de incidência da norma penal.

1.2. O Código Criminal do Império

O primeiro Código Criminal brasileiro distinguia autores (art. 4^o) e cúmplices (art. 5^o), respondendo estes últimos com a pena da tentativa – redução de 1/3 em cada um dos graus (art. 34, *caput*⁴) –, nos crimes consumados, e com redução adicional de 1/3, nos crimes tentados (art. 35⁵) – admitindo-se, portanto, a cumplicidade na tentativa. Eram definidos como autores “os que commetterem, constringerem, ou mandarem alguém commetter crimes” (art. 4^o), no que a doutrina reconhecia, respectivamente, a autoria direta, a autoria mediata e o mandato (Alves Jr., 1864, p. 157-159). Camargo (1882, p. 139-140) distinguia entre o constrangimento físico e moral, esclarecendo que na coação física absoluta o autor imediato é utilizado como um instrumento cego, pelo que não responderá pelo crime – eis a autoria mediata, já delineada em todos os seus principais caracteres.

Sob a modalidade de mandato, Tobias Barreto (1892, p. 224) já vislumbrava as características do que hoje entendemos por instigação, ao afirmar que a expressão deveria ser compreendida como “toda e qualquer influencia psychologica ou intellectual, provinda de uma pessoa e exercida sobre a vontade de outra, que é levada, por força dessa mesma influencia, a tomar uma deliberação e perpetrar um certo crime”. Sob esta ótica, a instigação constituiria modalidade de autoria. Em sentido contrário, uma sentença proferida pelo Juízo de Direito de Itajahy, reafirmando a exigência de interpretação restritiva em matéria penal, considerou que a conduta de um acusado que, com sua presença e suas palavras, animou

¹ Optou-se pelo emprego do termo tipicidade para facilitar a compreensão do sentido da expressão sob a ótica da atual teoria do delito. Todavia, o conceito de tipicidade, da forma como é atualmente empregado, só seria inaugurado por Beling em 1906 (Tavares, 2020, p. 122).

² “Art. 4^o São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem, ou mandarem alguém commetter crimes”.

³ “Art. 5^o São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes”.

⁴ “Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos”.

⁵ “Art. 35. A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente”.

outrem a cometer um homicídio, apenas poderia ser classificada no art. 5º do Código Criminal, não configurando coautoria⁶.

À cumplicidade foi atribuído um caráter subsidiário, correspondente a todas as demais contribuições ao fato criminoso que não configurassem autoria (art. 5º). Não obstante, a legislação da época descrevia algumas formas específicas de cumplicidade. Paula Pessoa (1876, p. 25-26) recordava as formas de cumplicidade da quebra fraudulenta, previstas no art. 803 do código comercial, bem como a cumplicidade no crime de importação de escravos, disposta no art. 3º, da Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850 – ambas, excepcionalmente, punidas com a mesma pena da autoria. Também na doutrina é possível identificar esforços para melhor precisar as espécies de cumplicidade. Duarte (1888, p. 483) falou sobre uma curiosa cumplicidade do hipnotizador, quando a hipnose se dava a pedido do hipnotizado, justamente com a finalidade de cometer o crime.

Reconhecendo na cumplicidade caracteres especiais e distintivos em relação à autoria, Paula Baptista (1880, p. 522) distinguia quatro espécies de cumplicidade: (i) provocações e conselhos de pessoas que possuíssem alguma ascendência sobre o agente principal, ou acompanhada de ameaças; (ii) fornecimento de instruções para facilitar e assegurar a prática do crime; (iii) fornecimento de instrumentos ou meios materiais para a execução do crime; e (iv) atos de assistência ou de coadjuvação pessoal durante a execução do crime.

Foi também reconhecida uma cumplicidade posterior (art. 6º⁷), por fatos equiparáveis à receptação e ao favorecimento pessoal (Batista, 2020, p. 3), ainda não erigidos a crimes autônomos. Assim, aduzia Ferreira Tinoco (1886, p. 21) que a cumplicidade poderia se dar antes, durante ou após a execução do crime, e que seu caráter essencial era a unidade do delito e a pluralidade de agentes. Já então criticava-se a possibilidade de cumplicidade *ex post facto*, chegando Alves Jr. (1860, p. 170) a afirmar que as hipóteses do art. 6º deveriam ser interpretadas como crimes *sui generis*. Manuel Mendes da Cunha Azevedo (1851, p. 48), em sentido similar, afirmaria que a cumplicidade posterior não participaria da “moralidade intrínseca do delicto” – o dolo, definido como o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo, como se verá mais adiante – e que poderia ser considerada, no limite, um delito especial. Camargo (1882, p. 158), todavia, descartava tais críticas sob o argumento de que “o

⁶ SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. Ano V, v. 13, Typographia theatral e commercial, 1877. p. 122-123.

⁷ “Art. 6º Serão também considerados complices:

1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram.

2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem, ou pretendem commetter taes crimes”.

Legislador, desde que não destrúa os princípios theoricos da sciencia, póde estender ou restringir as suas doutrinas, podendo denominar, classificar e considerar os criminosos diversos como melhor lhe parecer, e fôr conveniente”.

No que talvez seja o mais completo estudo sobre a cumplicidade no período imperial, Didimo Junior (1871, p. 134-171) já reconhecia na cumplicidade uma certa acessoriedade, além de ter desenvolvido uma extensa revisão da literatura crítica à possibilidade de cumplicidade por atos posteriores à consumação do crime – embora ele próprio fosse favorável à cumplicidade *post-factum*. Paula Pessoa (*Op. cit.*, p. 28) elogiou a opção do Código brasileiro, em contraposição ao *Code* francês, em apenar mais severamente a autoria do que a cumplicidade. Também Francisco Luiz (1885, p. 20-21) considerava o que o Código Criminal brasileiro, neste ponto, foi mais racional do que o código francês, pois a lei deve punir de acordo com a responsabilidade de cada interveniente no delito.

O modelo de responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa (art. 7^{o8}), criativa invenção brasileira (Batista, 2016, p. 53), excepcionava a regra do concurso de pessoas ao não admitir cumplicidade (art. 8^{o9}). Batista (2020, p. 4) recorda, ainda, que o tema do concurso de pessoas estava presente nas circunstâncias agravantes da paga ou promessa de recompensa (art. 16, §11¹⁰) e do ajuste prévio (art. 16, §17¹¹), bem como na atenuante de ter o agente praticado o crime sob ameaça (art. 18, §7^{o12}) – o que revela que o constrangimento,

⁸ “Art. 7º Nos delictos de abuso da liberdade de comunicar os pensamentos, são criminosos, e por isso responsaveis:

1º O impressor, gravador, ou lithographo, os quaes ficarão isentos de responsabilidade, mostrando por escripto obrigação de responsabilidade do editor, sendo este pessoa conhecida, residente no Brazil, que esteja no gozo dos Direitos Politicos; salvo quando escrever em causa propria, caso em que se não exige esta ultima qualidade.

2º O editor, que se obrigou, o qual ficará isento de responsabilidade, mostrando obrigação, pela qual o autor se responsabilise, tendo este as mesmas qualidades exigidas no editor, para escusar o impressor.

3º O autor, que se obrigou.

4º O vendedor, e o que fizer distribuir os impressos, ou gravuras, quando não constar quem é o impressor, ou este fôr residente em paiz estrangeiro, ou quando os impressos, e gravuras já tiverem sido condemnados por abuso, e mandados supprimir.

5º Os que communicarem por mais de quinze pessoas os escriptos não impressos, senão provarem, quem é o autor, e que circularam com o seu consentimento: provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor”.

⁹ “Art. 8º Nestes delictos não se dá complicitade; e para o seu julgamento os escriptos, e discursos, em que forem commettidos, serão interpretados segundo as regras de boa hermeneutica, e não por phrases isoladas, e deslocadas”.

¹⁰ “Art. 16. São circumstancias agravantes: [...] 11. Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperanza de alguma recompensa”.

¹¹ “Art. 16. São circumstancias agravantes: [...] 17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime”. Ferreira Tinoco (1886, p. 48) reproduz interessante decisão do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que esta agravante não se applicava ao mandante, tendo em vista que o ajuste é inerente à relação entre mandante e mandatário, no que se antevê uma remota applicação do princípio do *ne bis in idem*.

¹² Art. 18. São circumstancias attenuantes dos crimes: [...] 7º Ter o delinquente commettido o crime, atterrado de ameaças.

modalidade de autoria, nem sempre excluiria a responsabilidade do coacto, que só seria isento de pena em caso de coação física ou moral irresistíveis (art. 10, §3^o¹³).

A fórmula do art. 5^o do Código Criminal, excessivamente genérica para evitar vácuos de punibilidade, acabava por remeter a distinção entre a cumplicidade e a contribuição impunível para o elemento subjetivo da participação. Assim, aresto do Supremo Tribunal de Justiça afirmou que “não ha crime e nem cumplicidade nos actos praticados sem má fé” (Almeida, 1885, p. 424). No mesmo sentido, sentença do Juízo de Direito de Manaus, mantida em grau recursal pelo Tribunal da Relação do Belém, dispôs que “a justiça social que só pune os autores dos factos, e em consequencia dos mesmos factos, *não póde com justiça punir em razão de facto alheio*, senão emtanto quanto esse facto revela, pelas suas relações ou concordancia com outros factos, *a existencia do mesmo elemento moral*, a corrupção ou perversidade da mesma especie em pessoa diversa”¹⁴ (grifos nossos). Este elemento moral estava ainda vinculado ao conceito de *dolus malus*, ou, na terminologia do art. 3^o, da má fé, da intenção maliciosa. Braz Florentino Henriques de Souza (1872, p. 130) decompunha o dolo em conhecimento e intenção, argumentando, com razão, que se a intenção pressupõe o conhecimento (pois não é possível desejar o que não se conhece), o contrário não é verdadeiro. Isto é, sob um conceito valorativo de dolo, não seria viável uma intenção (necessariamente maliciosa) sem conhecimento; o inverso, todavia, é perfeitamente possível. Semelhante opinião podia ser encontrada em Camargo (1882, p. 158-159), que ao comentar sobre a cumplicidade posterior na receptação, afirmava que a exigência de que o receptor conhecesse a origem ilícita do bem deriva da ideia de que não há delito sem má-fé. Galvão Filho (1889, p. 173), por outro lado, entendia possível a cumplicidade nos crimes culposos.

Um dos mais célebres processos criminais do período imperial, o caso do Desembargador Pontes Visgueiro ofereceu ensejo para o enfrentamento de difíceis questões de concurso de pessoas – ainda que este potencial não tenha sido completamente explorado, como se verá. José Candido de Pontes Visgueiro foi um Desembargador do Tribunal da Relação do Maranhão, julgado e condenado pelo homicídio de sua amante, Maria da Conceição, em 1873 (Dotti, 2021, p. 44). Consta dos autos do processo – que tramitou perante o Supremo Tribunal de Justiça, em razão da prerrogativa de foro do Desembargador – que, antes do crime, o acusado teria encomendado ao carpinteiro Boaventura Ribeiro de Andrade um caixão de cedro e ao funileiro José Martins de Andrade um caixão de zinco, onde viria a

¹³ Art. 10. Também não se julgarão criminosos: [...] 3^o Os que cometerem crimes violentados por força, ou por medo irresistíveis.

¹⁴ SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. Ano IX, v. 24. Rio de Janeiro: Typographia theatral e commercial, 1881. p. 667.

depositar a vítima após o crime¹⁵; que, durante a execução do crime, o Desembargador teria contado com o auxílio material de Guilhermino de Souza Borges, que o teria ajudado a dominar a vítima até que o Desembargador lhe sedasse com clorofórmio¹⁶; e que, após o crime, o Desembargador teria sido auxiliado por seu compadre, Amancio José da Paixão, e por um escravizado de nome Luiz, a soldar o caixão para conter os vapores e odores que lhe escapavam e denunciavam o crime¹⁷.

O processo criminal foi cindido: perante o Supremo Tribunal de Justiça, foi processado apenas o Desembargador Pontes Visgueiro, detentor da prerrogativa; outros partícipes seriam processados no Estado Maranhão. O Supremo Tribunal de Justiça não analisou, portanto, as responsabilidades dos demais agentes. Mesmo assim, o tema do concurso de pessoas foi relevante na discussão sobre a incidência da circunstância agravante do ajuste prévio (art. 16, §17). Longe de ser uma questão de importância marginal, a incidência (ou não) da qualificadora era essencial para a definição da tipificação do delito, posto que o crime de homicídio, quando acompanhado de certas circunstâncias agravantes, era apenado na forma do art. 192, admitindo a pena de morte no grau máximo; sem tais agravantes, a conduta era subsumida no art. 193, com pena máxima de galés perpétuas. Isto é, para o Desembargador Pontes Visgueiro a conceituação do ajuste prévio era literalmente uma questão de vida ou morte. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu pela desclassificação para o crime do art. 193 do Código Criminal, rejeitando a circunstância agravante do ajuste prévio, por entender que a prova dos autos indicava que o Guilhermino fora convidado pelo Desembargador apenas para dar uma surra na vítima, e não para matá-la¹⁸. Trata-se de um curioso antecedente histórico de cooperação dolosamente distinta, com consequências particularmente heterodoxas: respondeu pelo crime menos grave o agente que quis participar do crime mais grave.

Mais importante para o objeto do presente estudo, contudo, seria a análise pela jurisprudência da conduta dos demais envolvidos – sobretudo daqueles que apenas confeccionaram os caixões, conduta indubitavelmente associada ao tema das ações neutras.

¹⁵ SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. Ano 2, v. 4. Rio de Janeiro: Typographia theatral e commercial, 1877. p. 185.

¹⁶ *Ibidem*, p. 145-146.

¹⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁸ *Ibidem*, p. 196-197. A decisão foi criticada por parte da doutrina da época, bem representada pela pena de João Vieira de Araújo (1889, p. 157): “Também não nos conformamos com o julgado do Supremo Tribunal de Justiça que condenou á prisão perpetua o Desembargador Pontes Visgueiro pelo assassinato de sua amante Maria da Conceição, na parte em que deixou de applicar a circumstancia do ajuste por haver o reo convidado o seu co-reo para auxiliá-lo a bater a victima, sem revelar o designio de mata-la: porque como muito bem disse o Dr. Monte, fazendo a critica do julgado, a circumstancia podia não ser applicável ao segundo, mas não podia deixar de sê-lo ao primeiro, que occultando o seu designio do co-reo, obrava ate com perfidia”.

Infelizmente, a apuração das responsabilidades dos demais envolvidos não recebeu a mesma atenção e repercussão que o processo do Desembargador Pontes Visgueiro, sendo muito mais escassos os seus registros. Interessante publicação histórica do Ministério Público do Estado do Maranhão (2019, p. 20-22) revela que foram processados apenas Guilhermino de Souza Borges e Amancio José da Paixão, ambos ao final absolvidos, este após três sessões plenárias do júri e aquele após quatro (*Ibid.*, p. 32). Não obstante, o próprio Pontes Visgueiro enxergava mais responsáveis pelo delito. Consta de seu interrogatório: “a pena que tenho em tudo isto, é ter arrastado a quatro homens: meu compadre Paixão e Peralles (não declinando os nomes dos outros dois)”¹⁹. Antonio Feliciano Peralles Falcão é um indivíduo que, meses antes do crime, havia recebido de Pontes Visgueiro a incumbência de causar mal à vítima²⁰; porém, jamais executou tal compromisso e não tomou parte em nenhuma etapa do delito como efetivamente ocorreu, de modo que sua responsabilização não se justificaria. Quanto aos outros dois supostos partícipes não nominados pelo Desembargador, é razoável supor que um deles fosse Guilhermino, que participou da fase executiva do crime. Já o último agente inominado, tendo em vista o silêncio de Pontes Visgueiro e a escassez de registros oficiais do processo do Maranhão, só nos resta elucubrar: referiu-se ele ao pobre escravizado que auxiliou no encobrimento? Ao carpinteiro ou ao funileiro, que providenciaram meios para ocultação do crime? Ou a outro participante de que jamais sequer se tomou conhecimento? Tais questões, de inegável riqueza histórica e dogmática, acabaram ofuscadas pelos holofotes lançados sobre o malfadado Desembargador.

Melhor contribuição nos oferece um processo criminal do Rio de Janeiro, pelo crime de estelionato²¹. De acordo com a denúncia, subscrita por Candido Mendes de Almeida, os irmãos José Soares do Amaral, Fortunato Soares do Amaral e João Soares do Amaral, em conjunto com o comerciante José Maria Carneiro da Cunha, associaram-se em um empreendimento comercial para salvamento dos bens do vapor Bahia, naufragado em Pernambuco. Entre os bens resgatados, havia um cofre contendo grande número de cédulas carimbadas (retiradas de circulação), que teriam sido lavadas e levadas por José Soares do Amaral à capital, onde tentou trocá-las na casa de amortização. Enquanto José e Fortunato Soares do Amaral teriam concorrido diretamente para a tentativa de substituição das notas, o primeiro na forma já descrita e o segundo preparando as cédulas e remetendo-as do Recife

¹⁹ *Ibidem*, p. 140.

²⁰ *Ibidem*, p. 119.

²¹ ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al. O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Ano XVII, v. 49. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 1889. p. 14-176. A denúncia imputou aos réus o crime de moeda falsa (art. 174, do Código Criminal). O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, contudo, desclassificou a imputação para o delito de estelionato (art. 264, §4º).

para o Rio de Janeiro, a participação de João Soares do Amaral se limitaria a ser sócio dos dois primeiros na firma comercial Soares do Amaral & Irmãos, enquanto José Maria Carneiro da Cunha teria apenas investido capital no salvamento dos bens do vapor Bahia, sob promessa de participação nos eventuais lucros obtidos.

Os autos demonstram que a debate entre acusação e defesa sobre a responsabilidade penal de José Maria Carneiro da Cunha se desenvolveu, principalmente, em torno do elemento subjetivo da participação, mais especificamente de seu conhecimento (ou não) da existência de notas resgatadas no navio e da tentativa de reaproveitamento das cédulas pelos corréus. Após a defesa dos réus, promoção do 1º Promotor Público da capital tentou justificar a participação de Carneiro da Cunha em dois fundamentos principais: (i) que ele teria ciência de que o navio continha cédulas resgatadas; e (ii) que, desta feita, ele se associou ao negócio sabendo que auferiria lucros ilícitos pelo aproveitamento das cédulas resgatadas. A criminalidade, portanto, de uma ação em si lícita (a parceria comercial para resgate dos bens do navio naufragado) decorreria do prévio conhecimento sobre uma finalidade criminoso (a futura tentativa de reaproveitamento das cédulas resgatadas). O debate é de todo semelhante àquele travado sobre a relevância dos conhecimentos especiais (Greco, 2005), também sempre lembrado no estudo das ações neutras.

Em aditamento à defesa²² patrocinada pelo célebre jurista José Hygino Duarte Pereira, Carneiro da Cunha alegou que em seus depoimentos declarou ter ciência de que o navio continha notas *recolhidas*, e não *resgatadas* ou *carimbadas*; e que o termo *recolhidas* se refere a cédulas que ainda têm curso legal, estando ainda no prazo de recolhimento ou substituição. Aduzia, com isso, não ter ciência do propósito ilícito do empreendimento – isto é, a exemplo do promotor, enfocava a relevância penal do fato no conhecimento ou não de estar contribuindo o agente para o delito. Já a sentença, que viria a ser confirmada pelo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, deixou de pronunciar João Soares do Amaral e José Maria Carneiro da Cunha por fundamentos, a nosso sentir, antes de ordem objetiva do que subjetiva. Afirmou a sentença que, ao se associar para o salvamento dos bens do vapor Bahia, o acusado teria praticado uma operação lícita, de cujos resultados nunca participou ou auferiu lucro.²³

²² *Ibidem*, p. 86-87.

²³ “Considerando que os indícios existentes contra 04º réo [José Maria Carneiro da Cunha] ficam totalmente destruídos, attendendo-se ás datas da sua carta a fl. 24, em 25 de agosto, e da extracção e abertura do cofre e salvamento das notas em 6 de setembro (fís. 254 e 289); ás cabaes explicações por elle dadas no seu interrogatório; ás declarações dos outros réos e á convincente defeza fl. 316, signanter ex fl. 318 que nesta parte adopto. O quarto réo associando-se ao 1º, para a exploração do casco e salvados do Bahia, praticou uma operação lícita, de cujos resultados aliás nunca teve participação, nem recebeu contas, nem auferiu lucro algum; dil-o o seu próprio socio. [...] E deixo de pronunciar os réos João José Soares do Amaral e José Maria Carneiro da Cunha, em favor dos quaes passe-se alvará de soltura, si por al não estiverem presos”. (*Ibidem*, p. 90-91).

Parece-nos, portanto, que foi determinante para a impronúncia o fato de não ter tomado parte na execução de nenhum dos atos da parcela ilícita do empreendimento (o preparo e troca das cédulas). Carneiro da Cunha teria contribuído para uma atividade que era, em si, lícita: o salvamento dos bens da embarcação naufragada. Não obstante, as teses acusatória e defensiva sugerem que o conhecimento sobre o projeto criminoso tinha relevância e que o desfecho poderia ter sido diferente se houvesse prova de que Carneiro da Cunha estivesse desde sempre ciente do plano.

Outro curioso caso de concurso de pessoas no período imperial foi analisado por Nilo Batista (2022, p. 155-191). Em um processo criminal da então província de Vassouras, no Rio de Janeiro, um feitor foi morto por escravizados da Fazenda São João da Barra. De acordo com os autos, cinco escravizados teriam ajustado previamente que, na próxima vez que o dito feitor – conhecido pela brutalidade com que sequestrava os cativos – castigasse qualquer um deles, todos reagiriam e o matariam, como de fato fizeram. Segundo Batista (*Ibid.*, p. 158-159), ficou provado, além do ajuste prévio, que todos os cinco envolvidos desferiram ao menos uma enxadada no feitor. Não obstante a notória presença dos caracteres da coautoria, apenas dois escravizados foram denunciados pelo crime, entendendo o Promotor Público que os demais teriam desferido os golpes quando o feitor já estava morto, constituindo impunível violação do cadáver. O caso, todavia, revela antes as tensões entre a pena pública e o escravismo (em que a imposição da pena pública implicava para o senhor prejuízo pela perda da propriedade) do que lições sobre a dogmática penal no período oitocentista. Daí porque Batista (*Ibid.*, p. 160) afirmaria, com agudeza, que o senhor “já recuperara três quintos de sua propriedade, com os escrúpulos do Delegado e do Promotor Público”.

Com a abolição da escravidão 1888, Joaquim Nabuco apresentou projeto de lei para adaptação da lei penal à nova realidade, mas a dissolução da Câmara dos Deputados obstruiu o prosseguimento da proposta (Batista, 2016, p. 66-67). No ano seguinte,²⁴ João Vieira de Araújo elaborou o anteprojeto de uma nova edição do Código Criminal de 1830. Longe de pretender uma reforma penal, eram dois os objetivos declarados por Vieira de Araújo: remover do Código Criminal as disposições específicas para o escravizado, pois “*não se concebe que possam continuar a subsistir no corpo de uma codificação especial figuras de crimes peculiares ao estado servil e formas de penas cruéis e infamantes*” (Vieira de Araújo,

²⁴ Elaborado e encaminhado ao Ministro da Justiça em 1889, viria a ser publicado por Vieira de Araújo em 1910, acompanhado do parecer da comissão legislativa que o rejeitou, bem como da réplica do autor ao relatório da comissão.

1910, p. 2); e incluir no código a extensa gama de delitos previstos em leis penais especiais (*Ibid.*, p. 3-4).

O anteprojeto foi encaminhado a uma comissão revisora composta por João Baptista Pereira, Antonio José Rodrigues Torres Netto e pelo Visconde de Assis Martins, que elaboraram parecer recomendando que a ideia fosse substituída por uma efetiva revisão do Código Penal (*Ibid.*, p. 121-130), solução da qual era refratário Vieira de Araújo. Instigante estudo de Sontag (2013, p. 481-520) fornece argumentos convincentes de que a contrariedade de Vieira de Araújo à solução reformista era antes estratégica do que por prestígio ao código de 1830. Positivista convicto, Vieira de Araújo teria antecipado a possibilidade de que a reforma produzisse um código ainda mais vinculado à escola clássica do que o anterior (*Ibid.*, p. 509). Não obstante, a proposta de revisão foi aceita e encomendada a Baptista Pereira, mas o trabalho seria interrompido pela Proclamação da República (Batista, 2016, p. 67), ainda em 1889. Em 1890, contudo, o governo provisório republicano incumbiu o mesmo Baptista Pereira da tarefa (*Idem*), que viria a culminar no Código Penal de 1890.

1.3. O Código Penal da Primeira República

Por se tratar, sobretudo, “de uma revisão, com alterações e acréscimos, do Código Criminal de 1830” (Batista, 2016, p. 75), o Código Penal de 1890 manteve, em linhas gerais, os principais caracteres do concurso de pessoas. Foi mantida a divisão bipartida de autores e cúmplices (art. 17²⁵), com maior detalhamento de cada uma dessas categorias (arts. 18²⁶ e 21²⁷). As formas de autoria do Código Criminal do Império foram mantidas, *mutatis*

²⁵ “Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices”.

²⁶ “Art. 18. São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido”.

²⁷ “Art. 21. Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios;

§ 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem;

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem”.

mutandis, com o acréscimo da cumplicidade necessária (art. 18, §3º), elevada à categoria de autoria.

A doutrina passou a classificar a autoria da seguinte forma: autoria singular – hipótese do art. 18, §1º, em que o agente seria, ao mesmo tempo, autor intelectual e material do crime (Macedo de Soares, 1910, p 42; Siqueira, 1932, p. 220); autoria intelectual, psíquica ou moral, hipótese do art. 18, §2º, que agregava tanto o constrangimento quanto as diversas formas de instigação (Costa e Silva, 1930, p. 91-96; Siqueira, 1932, p. 222-233); a autoria física ou material, hipótese do art. 18, §4º, que refere ao executor direto do crime resolvido por outrem – ou seja, o autor de mão-própria de um crime determinado por terceiro (Costa e Silva, 1930, p. 98-99; Macedo de Soares, 1910, p. 42); e a autoria por auxílio ou cumplicidade necessária, no qual o agente, sem executar diretamente o crime, presta uma contribuição sem a qual ele não teria ocorrido (Costa e Silva, 1930, p. 97-98; Macedo de Soares, 1910, p. 45, 46). Galdino Siqueira entendia a cumplicidade necessária como uma forma de autoria material (1932, p. 233).

Parece-nos exagerada a afirmação de Batista (2020, p. 10) de que “desconhecia-se a autoria mediata”. O código não parecia desconhecer a autoria mediata, posto que, de um lado, incluía nas formas de autoria a ameaça, o constrangimento e a superioridade hierárquica (art. 18, §2º), e, de outro, afastava a responsabilidade penal em caso de coação física irresistível ou de ameaça com perigo atual (art. 27, §5º) e em caso de obediência legalmente devida a superior legítimo, sem excesso nos atos e na forma de execução (art. 28). Tampouco seus comentadores a ignoravam. Costa e Silva (1930, p. 89) já mencionava que uma pessoa poderia servir de mero instrumento nos casos de inimputabilidade, coação ou erro. Lobo (1897, p. 6) referiria ao autor direto como “instrumento passivo” nos casos de coação absoluta ou obediência devida. Galdino Siqueira (1932, p. 225) referia expressamente à autoria mediata²⁸.

O que o código de 1890 efetivamente desconhecia era a cooperação dolosamente distinta. O art. 19 e parágrafos²⁹ preconizava uma espécie de responsabilidade objetiva do instigador, também na qualidade de autor, por quaisquer crimes que o executor praticasse na consecução do crime de que se encarregou, bem como por qualquer outro que deste

²⁸ “Tem-se, então, a chamada *autoria mediata* ou *ficta*, um mandato aparente, e se verifica nos seguintes casos: 1.º) quando o executor não é imputável, como o louco, o menor, nos casos do art. 27 §§ 1.º e 2.º do código penal; 2.º) quando o executor não tem liberdade, isto é, quando é coagido (art. 27 § 5.º); 3.º) quando o executor não procede dolosamente, mas de boa fé, como a enfermeira, que illudida pelo autor, ministra arsênico em vez de quinino, que o medico prescrevera, produzindo-se a morte do doente (Liszt)”.

²⁹ “Art. 19. Aquelle que mandar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsável como autor:

§ 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar”.

resultasse. Sobre tal dispositivo, Siqueira (1932, p. 239) argumentava a injustiça de se punir o mandante por aquilo que estava fora de sua previsão, enquanto Costa e Silva (1930, p. 100) afirmava ser doutrinariamente indefensável a ampla responsabilidade adotada pelo legislador. Cessava a responsabilidade do mandante, contudo, se retirasse a tempo sua contribuição para o crime (art. 20³⁰)

Outra contribuição notável de Galdino Siqueira (1932, p. 204) foi o desenvolvimento de uma espécie de teoria geral da participação – ou “*theoria da cumplicidade, sensu lato*”, em suas palavras. Inicialmente, discorria ele sobre a distinção entre autor e cúmplice, referindo a uma teoria objetiva, fundada na causalidade e na relevância da contribuição do agente para o fato (*Ibid.*, p. 205-206), e a uma teoria subjetiva, fundada no dolo e sintetizada na assertiva “o autor quer o delicto como facto próprio, o cúmplice quer o delicto como facto de outrem” (*Ibid.*, p. 207). Para Siqueira (1932, p. 208), o Código Penal de 1890 adotou a teoria objetiva. Em seguida, elenca Siqueira (1932, p. 209) três requisitos imprescindíveis a toda forma de participação: (i) que a participação se refira a uma ação punível como crime (acessoriedade); (ii) que o agente tenha participado da forma precisamente estabelecida na lei (taxatividade); e (iii) que o agente tenha participado ciente e voluntariamente da ação punível (dolo).

Quanto ao primeiro requisito, no qual é possível reconhecer o princípio da acessoriedade, Siqueira esclarece que a participação “não tem por si só caracter ilícito, só o adquirindo pela ligação á infracção” (*Idem*). Assim, afirmava não ser punível a tentativa de participação, ou seja, a punibilidade da tentativa depende de que o fato principal tenha tido ao menos princípio de execução (*Ibid.*, p. 212) – no que concordava Costa e Silva (1930, p. 106). Macedo de Soares (1910, p. 49) aludia expressamente ao cúmplice como “agente secundario ou accessorio”. Excluía Siqueira (1932, p. 210) também a participação nos casos em que o fato principal foi praticado em legítima defesa, ou de prescrição ou anistia do fato principal – que revela uma concepção extremada de acessoriedade, embora o debate ainda não fosse formulado nestes termos. Descartava, ainda, a participação em contravenção penal, tanto por uma questão de legalidade (o art. 17 emprega a locução “crime”), quanto pela exigência do dolo na participação, que não era exigido nas contravenções penais (*Ibid.*, p. 211).

Quanto ao segundo requisito, Siqueira tomou parte na polêmica sobre a taxatividade (ou não) das formas de autoria e cumplicidade. Ao contrário do código imperial, que adotava conceitos abertos, sobretudo na cumplicidade – que incluía qualquer contribuição ao fato criminoso que não fosse autoria –, o código republicano descrevia em maiores detalhes os atos de autoria e de cumplicidade. Lembra Basileu Garcia (2010, p. 669) que a opinião

³⁰ “Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime”.

majoritária entre os comentadores era no sentido da taxatividade. Afirmavam a taxatividade, além do próprio Siqueira (1932, p. 213), Macedo Soares (1910, p. 49) e Costa e Silva (1930, p. 91). Em sentido contrário, Vieira de Araújo (1896, p. 127). Com fundamento na taxatividade das formas de cumplicidade, o Superior Tribunal de Justiça do Estado de Goyaz decidiu que o conselho, que na vigência do código de 1830 era frequentemente entendido como cumplicidade, não se enquadrava em nenhuma das modalidades de participação do código de 1890, tratando-se de conduta impunível³¹. Também o Tribunal da Relação do Estado da Bahia decidiria que “simples exhortações ou conselhos como o de que se trata, vagos, imprecisos, desacompanhados de instruções que sirvam effectivamente á perpetração do delicto, embora reprovaveis, reprehensibilissimos, na esphera da moral, não constituem sequer actos de provocação criminosa secundaria ou cumplicidade *strictore sensu* (Codigo Penal, art. 21, § 1º)”³². Curiosamente, o beneficiado pela primeira decisão era Ministro daquele mesmo Tribunal; o beneficiado pela última, bacharel em Direito naquele Estado.

O último requisito é o elemento subjetivo (ou moral, como era comumente referido à época) da participação: o conhecimento da infração e a vontade de praticá-la (Siqueira, 1932, p. 215). Na mesma linha, afirmava Macedo de Soares (1910, p. 50) que “não se pode dar cumplicidade criminal, senão quando o concurso, que a constitue, é prestado dolosamente, isto é, com sciencia e consciência do crime para o qual a assistência é prestada”. Ancorado na classificação de Carrara, Estevam Lobo excluía a participação nos casos de concurso de ação, sem concurso de vontade³³. Esta perspectiva também predominava na jurisprudência. Acórdão do Supremo Tribunal Federal afirmou que “não se póde dar cumplicidade criminal, sinão quando o concurso que a constitue é prestado dolosamente, isto é, com sciencia e consciencia do crime para o qual a assistência é prestada”³⁴. Em sentido similar, uma sentença proferida pelo Juízo de São João d’El-Rei afirmava que a intenção de cooperar no crime é requisito essencial da participação criminal³⁵. Como corolário deste raciocínio, Siqueira (1932, p. 217)

³¹ ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia.** Ano XXVIII, v. 81. Rio de Janeiro: Typographia Montenegro, 1900. p. 588-595.

³² ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia.** Ano XXIII, v. 67. Rio de Janeiro: Typographia Mont’Alverne, 1895. p. 565.

³³ “Por mais efficaz que tenha sido, não se dá participação do delicto, sem a formal intenção de auxiliar-o. Assim, desaparece a co-autoria quando o agente teve – 1º) *intenção distincta innocente* (concurso para um acto licito, de que um perverso tirou partido para violar a lei); – 2º) *intenção distincta criminal* (Caius acreditou auxiliar Titius a commeter um delicto de menor importancia e este, aproveitando-se do auxilio de Caius, consummou delicto mais grave); – 3º) *intenção indirecta negativa*, isto é, em estado de falta – pois que nesse facto de culpa não se admite cumplicidade; – 4º) *intenção imperfeita*, isto é, no quarto gráo de dolo”. (Lobo, 1897, p. 2-3)

³⁴ ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia.** Ano XXV, v. 73. Rio de Janeiro: Typographia Mont’Alverne, 1897. p. 302.

³⁵ “A intenção de cooperar em um crime é condição essencial de toda a participação, que póde ser material ou physica, moral ou intelectual, diz HAUS; é necessario assim que haja o *animus delinquendi*, – o *dolus*, de que nos falla TOBIAS BARRETO” (ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação,**

não admitia a participação em crime culposo. No mesmo sentido, Costa e Silva (1930, p. 106). Aduzia Siqueira (1932, p. 216) que, em geral, o agente que contribui conscientemente para o fato criminoso haveria de querê-lo. A regra, contudo, não seria absoluta. E ilustra o argumento com um exemplo que muito interessa ao objeto do presente estudo: o serralheiro que fabrica chaves próprias para roubar, sabendo que são destinadas a cometer furtos e roubos, poderia cometer um crime *sui generis* (à época, o delito do art. 361, CP 1890), mas não seria cúmplice nos roubos e furtos. Isso porque o seu propósito é apenas o de vender as chaves; não tem nenhum desejo de que um roubo particular seja realizado, não tem interesse que isso aconteça e nem se beneficia de nenhuma forma. Nesse caso, há o conhecimento sobre a provável colaboração em ilícito de outrem, mas não há vontade de que o ilícito seja praticado³⁶.

Percebe-se, portanto, que há quase um século o autor se deparou com um problema que hoje se inseriria no debate acerca das ações neutras, que será objeto de estudo mais adiante, e o resolveu a partir do elemento subjetivo da participação: sem ajuste entre os participantes para a realização de um projeto comum, não se poderia afirmar o dolo de participação. Deparando-se com caso análogo, semelhante foi a solução a que chegou a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Oliveira/MG³⁷. Um ferreiro, de nome Domingos, emprestou sua tenda, seu torno e demais instrumentos, para que outra pessoa, de nome Elyseu, fabricasse uma chave própria para roubar, estando ciente da finalidade com que seria empregada. Elyseu, acompanhado de mais dois homens, utilizou a chave para arrombar um vagão de um comboio de carga e então subtrair o seu conteúdo. Domingos e Elyseu responderam pelo crime especial de fabricação de chave própria para cometer roubos (CP 1890, art. 361), este como autor e aquele como cúmplice. No roubo, todavia, desconsiderou-se qualquer participação de Domingos antes ou durante a execução do delito – mesmo tendo fornecido todos os meios para a fabricação da chave –, tendo ele respondido

doutrina e jurisprudencia. Ano XXIX, v. 85. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1901. p. 455-456).

³⁶ “O serralheiro que sabe que as chavas encomendadas são destinadas a commetter um furto ou roubo, não tem por isso o desígnio de se tornar cúmplice do crime, sobretudo quando não vae compartilhar dos seus proventos; não se preocupa com o fim projectado; o que lhe importa é ganhar um bom salário. Sem duvida age fraudulentamente, commette um crime *sui generis* (art. 361 do nosso código); mas não é responsável por cumplicidade, por isso que não prestou seu concurso aos ladrões e por interesse commum. Assim, quando a prova da vontade de cooperar no crime não resulta necessariamente do conhecimento que tinha o agente de facilitar com sua acção á execução desse crime, ella só pôde resultar do concerto formado entre os codelinquentes”. (Siqueira, 1932, p. 2016)

³⁷ ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia.** Ano XXX, v. 89. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1902. p. 293-299.

como cúmplice apenas pela receptação dos itens roubados, pois comprou parte das mercadorias sabendo de sua origem ilícita.

Sobre as formas de cumplicidade, a doutrina as dividia em cumplicidade intelectual ou moral e física ou material (Costa e Silva, 1930, p.107; Macedo de Soares, 1910, p. 50; Lobo, 1897, p. 17). Ao contrário da opinião de parcela da doutrina atual sobre o código vigente, bem representada por Batista (2020, p. 157), no sentido de que “a instigação [...] corresponde à colaboração espiritual no delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material”, fato é que o código de 1890 expressamente elencava contribuições espirituais como condutas típicas de cumplicidade. Assim, constituíam atos de cumplicidade moral o fornecimento de instruções para o cometimento do crime (art. 21, §1º, primeira parte) e a promessa de auxílio ao criminoso, antes ou durante a execução do delito, para os específicos fins de evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios (art. 21, §2º). A cumplicidade material se dava pela prestação de auxílio à execução do crime (art. 21, §1º, parte final), a receptação (art. 21, §3º) e o oferecimento de asilo ou prestação de sua casa para reunião de assassinos e roubadores (art. 21, §4º).

Muito se debatia acerca da chamada cumplicidade *post-factum*, claramente estabelecida no caso da receptação (art. 21, §3º) e, para alguns autores, também no encobrimento (art. 21, §4º). Evaristo de Moraes (1898, p. 109-111) já indicava a impropriedade de ser a receptação modalidade de cumplicidade, e não delito autônomo, e indagava qual seria a natureza do dolo daquele que não tomou parte nem nos atos preparatórios, nem de execução e nem de consumação do delito. Crítica semelhante foi formulada por Siqueira (1932, p. 253). Vieira de Araújo (1896, p. 150), por sua vez, nada via de problemático em uma cumplicidade sucessiva.

Interessante foi a discussão que se desenvolveu em torno da figura do art. 21, §4º. A controvérsia se fixava em dois pontos principais³⁸: se o dispositivo previa uma única forma de cumplicidade ou duas hipóteses distintas; e se era o caso de cumplicidade *post-factum* ou anterior ao delito. Ruy Barbosa (*apud* Costa e Silva, 1930, p. 113-114) tomou parte no célebre debate, opinando pela existência de uma cumplicidade anterior, na modalidade de prestar a casa para reunião de assassinos e roubadores – a lei aqui descreveria o conchavo, a reunião preparatória para a prática de tais crimes –, e uma cumplicidade posterior, na modalidade de conceder asilo a tais agentes, que apenas poderia significar refúgio, proteção. Siqueira (1932, p. 267), concordando com as premissas de Barbosa, discordava de suas conclusões. Entendia

³⁸ Além destes, discutia-se ainda a necessidade ou não de uma multiplicidade de assassinos e/ou roubadores, sobretudo na hipótese de asilo (ver Macedo de Soares, op. cit., p. 56).

que a casa é apenas uma forma especial de asilo e que, portanto, trata-se, em qualquer caso, de cumplicidade anterior.

Nos crimes de imprensa, inicialmente foi substituída a responsabilidade sucessiva do código de 1830 por um modelo de responsabilidade solidária (art. 22³⁹). Nilo Batista (2016, p. 70, nota de rodapé), aludindo às Notas Históricas de Baptista Pereira, atribui a mudança ao que o artífice do código de 1890 denominou “indecorosa indústria dos testas-de-ferro”. O art. 23⁴⁰ excluía a cumplicidade nestes delitos, de forma similar ao código imperial. Todavia, o modelo de responsabilidade sucessiva seria retomado pelo Decreto n.º 4.723, de 31 de outubro de 1923 e permaneceria vivo nas sucessivas leis de imprensa que vigoraram no Brasil, até a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a Lei n.º 5.250/67 não recepcionada pela Constituição de 1988⁴¹.

Assim como no código anterior, a cumplicidade era punida com as penas da tentativa (redução de um 1/3, na forma do art. 63⁴²), no delito consumado, e com redução adicional de 1/3, no delito tentado (art. 64⁴³), salvo nos casos em que a lei impusesse à tentativa pena especial (Siqueira, 1932, p. 676). Influenciado pelo positivismo criminológico italiano, com expressas referências a Lombroso, Ferri e Garofalo, João Vieira de Araújo (1896, p. 126-137) criticava a distinção objetiva entre autor e cúmplice empreendida pelo código, advogando que a medida da pena deveria ser determinada não pela natureza da contribuição de cada agente, mas por sua temibilidade. Macedo de Soares (1910, p. 49) aduzia que o código não muito se

³⁹ “Art. 22. Nos crimes de abuso da liberdade de comunicação do pensamento são solidariamente responsáveis:

- a) o autor;
- b) o dono da typographia, lithographia, ou jornal;
- c) o editor.

§ 1º Si a typographia, lithographia, ou jornal pertencer a entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsáveis para todos os effeitos legais.

§ 2º Serão também responsáveis:

- a) o vendedor ou distribuidor de impressos ou gravuras, quando não constar quem é o dono da typographia, lithographia, ou jornal, ou for residente em paiz estrangeiro;
- b) o vendedor ou distribuidor de escriptos não impressos, comunicados a mais de 15 pessoas, si não provar quem é o autor, ou que a venda ou distribuição se fez com o consentimento deste”.

⁴⁰ “Art. 23. Nestes crimes não se dá cumplicidade, e a acção criminal respectiva poderá ser intentada contra qualquer dos responsáveis solidarios, a arbitrio do queixoso.

§ 1º Quando a condemnação recahir no dono da typographia, lithographia ou jornal, ser-lhe-ha applicadas sómente a pena pecuniaria elevada ao dobro.

§ 2º No julgamento destes crimes os escriptos não serão interpretados por phrases isoladas, transpostas, ou deslocadas”.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Publicação: 06.11.2009. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 16.07.2024.

⁴² “Art. 63. A tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos”.

⁴³ “Art. 64. A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade”.

distanciava deste critério, pois, sendo o cúmplice agente menos temível do que o autor, estaria, portanto, sujeito a menor penalidade. A observação parece insuficiente para responder à inquietação de Vieira de Araújo (1896, p. 154), que, irremediavelmente contaminado pela ideologia da defesa social, considerava que “o *complice* ou o *receptador* poderá ser mais *temível* que o *autor*”.

Já nos primeiros anos da república, o direito penal empresarial revelava-se terreno fértil para debates sobre a participação criminal. Caso de grande repercussão foi o processo criminal movido contra os diretores da Companhia Geral de Estradas de Ferro no Brazil⁴⁴, pelo crime de estelionato (CP 1890, art. 338, §§5º e 8º). Consta da denúncia, formulada por Viveiros de Castro em 1892, que a referida companhia publicou um prospecto de emissão de debêntures, por meio do banco Morton, Rose & C. Alegava a denúncia que as informações constantes do prospecto eram ilusórias. Os juro prometidos não seriam pagos; a garantia seria falsa; o contrato com a instituição financeira estrangeira teria natureza diversa do que a propagada; enfim, inúmeros credores foram lesados e a companhia acabou conduzida à liquidação forçada⁴⁵. Na cota da denúncia, Viveiros de Castro justificou a escolha por denunciar todos os diretores, mesmo reconhecendo que talvez nem todos tivessem a mesma responsabilidade e que era possível que alguns fossem totalmente alheios ao estelionato imputado, pelo fato de inexistirem atas das reuniões de diretoria, onde se poderia apurar a responsabilidade de cada um. Arguiu, assim, que na ausência de protesto ou comprovação de voto divergente, presume-se a responsabilidade de todos os diretores pelas deliberações do colegiado.⁴⁶

⁴⁴ A Companhia Geral de Estradas de Ferro no Brazil foi uma empresa criada no alvorecer da república, no período que ficou conhecido como “encilhamento”, e que se propunha a comprar, vender e administrar estradas de ferro (Siqueira, 1938, p. 15). Seus administradores eram os mesmos da Companhia Estrada de Ferro Leopoldina (*Idem*), dentre os quais se incluíam nomes de elevada influência na época, como o Comendador Trajano de Moraes e o Visconde de Mello Barreto. São controvertidas as informações sobre a sua exata constituição e liquidação. Alguns, na esteira de Blasenheim (1996, p. 107), afirmam que os diretores da Leopoldina dissolveram a sociedade e fundaram a Companhia Geral, para se esquivar das dívidas e angariar novos fundos. Outros, como Silva (2011, p. 7), afirmam que a Leopoldina teria sido adquirida pela Companhia Geral, que, não conseguindo recuperá-la, seria liquidada em 1897. Nenhuma das versões nos parece inteiramente coerente. Não há dúvidas de que a Companhia Estrada de Ferro Leopoldina seria efetivamente liquidada em 1897, dando origem à The Leopoldina Railway Company Ltd. (Siqueira, 1938, p. 31). O processo criminal que ora se analisa, por outro lado, deixa claro que já em 1892 a Companhia Geral de Estradas de Ferro no Brazil havia sido liquidada. Isto é, a Leopoldina não poderia nem ter sido dissolvida antes da fundação da Companhia Geral, nem poderia ter sido completamente absorvida por esta (pois sobreviveu à sua liquidação). Não há dúvidas, entretanto, de que as empresas estavam relacionadas, não apenas pela identidade de seus objetos e de seus administradores, como pelo fato de que consta do processo que a operação financeira da Companhia Geral foi garantida por bens da Leopoldina.

⁴⁵ ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia.** Ano XX, v. 58. Rio de Janeiro: Typographia Montenegro, 1892. p. 346-351.

⁴⁶ “É possível que não tenham todos eles incorrido em igual responsabilidade, e talvez haja alguns inteiramente alheios aos estelionatos verificados. Como, porém, segundo declaram os peritos, não existem actas das sessões da directoria, por onde se poderia determinar a participação de cada um nos factos da administração, a todos

Em que pese a presunção de responsabilidade penal, impensável nos dias de hoje, colhe-se da manifestação que a conduta de cada membro da diretoria, desde que registrada nas respectivas atas, importaria para determinar a existência de participação criminal punível e o seu grau (autoria ou cumplicidade). Mais importante, todavia, será a explicação de Viveiros de Castro pela opção de não denunciar os membros do Conselho Fiscal da companhia e o Conde de Leopoldina⁴⁷, que teria atuado na contratação do banco britânico para a estruturação da operação. Alegou o promotor e jurista que, em relação ao Conselho Fiscal, não havia indícios de que tivessem concorrido para as fraudes imputadas aos diretores e que ainda não tivera ensejo a ocasião própria para que os membros do Conselho Fiscal denunciasses eventuais fraudes que tivessem identificado (a assembleia geral dos acionistas); em relação ao Conde de Leopoldina, registrou que, apesar dos elevados lucros auferidos por ele com a operação, sua participação teria sido lícita – ele teria apenas agenciado o contrato com o banco Morton Rose e o contrato, em si, não seria ilícito, muito embora tenha sido utilizado para induzir em erro os investidores.⁴⁸

envolve presumida responsabilidade em deliberações contra as quaes não consta protesto ou declaração de voto divergente” (*Ibidem*, p. 346).

⁴⁷ Henry Lowndes, nas palavras de Maria Bárbara Levy (1994, p. 165-166), que o denominou “o grande especulador do encilhamento”: “Henry Lowndes, o conde de Leopoldina, título comprado em Portugal, já era grande especulador em Lisboa, quando pressentiu a oportunidade de se instalar no Brasil, durante o Império. Rapidamente se tornou diretor de três bancos e 13 companhias, entre as quais, a Fábrica São João, fundada em 1887 com grande participação de comerciantes ingleses. [...] Não foi por menos que, Henry Lowndes, figura lendária da época, foi caricaturado no romance de Taunay como William Drows, personagem estereotipada do “encilhamento”. Conseguiu aproximar-se do barão de Lucena, sucessor de Rui Barbosa no Ministério da Fazenda, para obter um grande depósito de divisas no Banco de Crédito Universal que acabara de fundar, com a promessa de reanimar a Bolsa, que fizera despencar com as opções da Companhia Geral de Estradas de Ferro. Aliás, foi por essa operação que acabou sendo deportado para Cacuí”.

⁴⁸ “Deixei de incluir na denuncia como complices, como opina o dr. 5º Delegado de Policia, os membros do Conselho Fiscal e o conde de Leopoldina, pelas seguintes motivos: Quanto nos membros do Conselho Fiscal: Não ha no inquerito o mais ligeiro indicio de terem eles concorrido para a pratica dos actos criminosos, arguidos aos directores, nem se pode suspeitar ao menos que lhes fossem esses actos conhecidos e deixassem de denuncial-os em occasião opportuna á assembléa geral dos accionistas. Pelo art. 14, § 3º do Decr. 11.164 de 17 de Janeiro de 1890 têm sem duvida os fiscaes o direito de examinar os livros da companhia, verificar o estado da caixa e exigir informações sobre as operações sociaes; mas similhante direito só pode ser exercido no trimestre que precede a reunião ordinaria da assembléa geral; e se nessa ocasião não procedesserm a taes exames, não denunciasserm aos acionistas as irregularidades e abusos encontrados, só então a omissão de taes deveres os sujeitaria á complicitade definida no paragrapho único do art. 340 do Código Penal. Quanto ao conde de Leopoldina: Por grandes que tenham sido os lucros por elle auferidos da emissão dos debentures, operada pelos directores da Companhia Geral, não revelou o inquerito que tivesse cooperado nas malversações verificadas. Sabe-se apenas que agenciou o contrato, que foi depois celebrado com os banqueiros inglezes Morton, Rose & C., mas se foi esse contrato um dos meios empregados para armar a confiança publica, alterando-se-lhe a natureza e os intuitos, não foi tal contrato em si mesmo um acto criminoso, antes um factio inteiramente licito. Acresce que esse mesmo contrato não foi definitivamente realizado pelo conde de Leopoldina, mas pelo visconde de Moraes; e então mais natural e evidente seria a complicitade de quem interveiu para a sua consummação do que quem apenas assentou as preliminares. Mas tanto um como outro agente aceitarão um mandato licito. Si no desempenho delle ferirão os interesses do committente, si não desenvolverão lealdade e zelo, incorrem em responsabilidade civil, mas não em responsabilidade criminal” (Araripe, *op. cit.*, p. 347-348).

Quanto aos membros do Conselho Fiscal, percebe-se que o simples fato de o integrarem não implicava responsabilidade penal pelas fraudes praticadas pela empresa; poderiam, contudo, responder pela omissão, caso não exercessem o seu papel de fiscalização a tempo e modo. Já em relação à participação do Conde de Leopoldina, nota-se que aportou uma contribuição causal para o delito, posto que atuou como mandatário da empresa na intermediação do contrato por meio do qual as debêntures foram oferecidas ao público. Sabe-se também que lucrou com a fraude, mas este fato não pesou em sua responsabilização. Se ele tinha ciência das futuras fraudes, a manifestação não revela e nem parece dar importância. O que parece ter sido determinante para que não fosse denunciado foi que a sua atuação se circunscreveu a uma etapa em que o negócio ainda não se revelara ilícito, isto é, o mesmo contrato negociado pelo Conde de Leopoldina poderia ter sido utilizado pela empresa para uma finalidade lícita, em que o público não fosse ludibriado e os credores lesados. Sem referências ao que conhecia e o que pretendia o agente, a responsabilidade foi excluída desde uma perspectiva objetiva.

Severamente criticado pela doutrina da época – críticas que Batista (2016, p. 69) atribui a razões antes políticas do que técnicas, diante de “seu fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais da Primeira República” –, o código de 1890 resistiu a três projetos de Código Penal ao longo de sua vigência – o primeiro deles, de autoria de João Vieira de Araújo, menos de três anos após sua decretação. O projeto Vieira de Araújo (1893), longe de representar grande inovação na matéria em estudo, mais se assemelhava a um retorno à disciplina do código de 1830, com ajustes pontuais. Em seu art. 13, estabelecia que, em regra, punia-se apenas a conduta dolosa (“o facto voluntario e intencional contrario à lei penal”), com exceção dos crimes expressamente puníveis a título culposo e das contravenções penais. No art. 15, definia os autores como (i) os executores e cooperadores imediatos, ou (ii) quem tiver determinado outrem a cometê-lo, prescindindo da antiga distinção entre o constrangimento e o mandato. Este artigo deveria ser conjugado com o art. 17, que estendia a autoria à cumplicidade necessária. No art. 16, a exemplo da fórmula genérica do art. 5º do Código Criminal de 1830, os cúmplices eram definidos como “todos os mais que concorrerem para o crime facilitando-o”, e no art. 18 e parágrafos mantinha-se a já tradicional cumplicidade posterior. Nos arts. 19 a 22, o projeto retornava à responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa. Sua grande inovação seria incluir, com pioneirismo, em seu art. 36, disposição sobre a comunicabilidade das circunstâncias (Batista, 2020, p. 11). Em sua Exposição de Motivos, Vieira de Araújo reconheceu a semelhança com a fórmula do Código

Criminal de 1830, e argumentou que seu modelo estaria isento das dúvidas que suscitava o termo mandato no código imperial⁴⁹.

Apesar das duras críticas que recebeu, dentre as quais se destaca o parecer da Faculdade de Direito de São Paulo (Monteiro *et al.*, 1894), o projeto viria a ser aprovado pela Câmara dos Deputados, sem emendas, na sessão de 25 de junho de 1894 (IAB, 1897, p. 3). Após a mudança da legislatura, contudo, a tramitação do projeto foi paralisada, até que viria a ser apresentado um substitutivo ao projeto, em 1897 (*Idem*). No mesmo ano, o Instituto dos Advogados Brasileiros⁵⁰ confeccionou um parecer sobre o substitutivo. Relatado por Baptista Pereira, artífice do código vigente, o parecer naturalmente principiava por uma defesa do Código Penal de 1890 às críticas de Vieira de Araújo⁵¹: Sobre o tema da codelinquência, o parecer criticou o projeto, basicamente, sob dois aspectos: (i) por não prever a instigação ou a provocação como modalidade de autoria, a exemplo do CP 1890; e (ii) por não distinguir o concurso principal do concurso acessório, ou seja, a cumplicidade necessária (sem a qual o crime não seria possível) da facultativa (que apenas auxilia) – conceito que, de acordo com o parecer, “ficou clarissimo no código vigente” (*Ibid.*, p. 17). Seja pelos seus alardeados defeitos ou por outras razões, fato é que o substitutivo não teria melhor sorte do que o projeto original e teria sua tramitação paralisada em 1899 (Batista, 2016, p. 84).

Em 1913, Galdino Siqueira protagonizaria uma nova tentativa de substituir o Código Penal de 1890. Na Exposição de Motivos de seu projeto, Siqueira (1913, p. 6) não pouparia palavras na crítica ao código vigente, ao qual referiu como uma decepção completa e “um verdadeiro *hiatus* na evolução do nosso direito penal”. Na matéria em estudo, o projeto Galdino Siqueira foi pioneiro no direito brasileiro na equiparação entre todas as formas de

⁴⁹ “Quanto á codelinquencia, a autoria e co-autoria , está comprehendida em todas as suas fórmas em um enunciado simples e conciso , semelhante ao do código anterior , mas corrigido pelo modelo do código italiano. A formula da complicitade é a do nosso código anterior, isenta das duvidas que suscitava a indeterminação de um de seus termos e a sua generalidade, agora limitada. Conseguiremos evitar a incoherencia do código italiano ácerca da complicitade e o vicio do nosso código actual ácerca de uma e outra, adoptando as exemplificações materiaes do código francez, que não exhaurem as fórmas da codelinquencia, podendo tornar os julgamentos arbitrarios. Os conceitos do nosso código nos arts. 17 a 21 tinham sido no caso objecto de fundada censura de Carrara ao código allemão, que aliás não abusou do systema. Os arts. 17 e 18 tolhem as duvidas na linha divisoria entre autor e complice e sobre a receptação e o asylo, que são verdadeiros casos de complicitade, muito graves nos termos das respectivas formulas”. (Vieira de Araújo, 1896, p. 119-120)

⁵⁰ Na época, “Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros”, denominação que manteria até a década de 1930, quando foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil (IAB. Uma história que se confunde com a própria história do Brasil. Disponível em: <https://iabnacional.org.br/conheca-o-iab>. Acesso em 09.09.2024).

⁵¹ “Com demasiada severidade o autor do projecto que morreu antes de nascer, sentenciando, como uma a alçada militar, o código vigente, o condemnou, por conter erros de doutrina e defeitos de redacção. Por grande que seja sua competencia scientifica, ninguem se póde considerar autorizado a condemnar em absoluto um código penal por conter erros de doutrina e defeitos de redacção. Nenhum código, mesmo entre os que fazem a gloria do nosso tempo, se conhece que tenha escapado a essa lei da contingencia humana. Notoria é a competencia do abalisado cathedratico do Recife; mas, não obstante, quantos erros não contém o seu projecto e quantos vicios de redacção o não afeião?” (IAB, 1897, p. 8)

participação, reunidos em seu art. 9º, sob a rubrica “agentes do crime”, todos aqueles que “tiverem determinado outrem a cometel-o, os executores e os que por outro meio tiverem concorrido scientemente para sua realização” (*Ibid.*, p. 140). A disposição era complementada pelo art. 42, que estabelecia que todos os agentes que concorrerem para o crime serão punidos com a mesma pena, salvo por efeito de circunstâncias pessoais (*Ibid.*, p. 150). Na Exposição de Motivos, Siqueira (*Ibid.*, p. 44-45) justificara a opção pela impossibilidade de distinguir causa e condição na produção do evento, de modo que “todos os co-delinquentes são causa, e, portanto, autores do crime, não se podendo suppôr supprimida a acção de um só delles sem que o acontecido devesse ocorrer de modo diverso por que de facto ocorreu”. Registra Batista (2016, p. 84), contudo, que o projeto sequer teria sido examinado pelas casas legislativas.

Em 1927, o jurista Virgílio de Sá Pereira elaboraria um novo projeto de Código Penal, que seria analisado em comissão legislativa presidida por ele próprio e composta por Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira (Batista, 2016, p. 84). Até 1937, novas versões do projeto seriam elaboradas e apreciadas pelas casas legislativas, influenciadas, de um lado, pelas sucessivas reviravoltas políticas do período, e, de outro, pela superveniência do Código Rocco na Itália, em 1930, que exerceria grande influência no penalismo da época (Sontag, 2014). No concurso de pessoas, o projeto seguiria a tendência unitária inaugurada pelo projeto Galdino Siqueira, tanto em sua versão original quanto nas subsequentes. Após revisões, o art. 29 equiparava ao autor quem tivesse o determinado ou instigado a cometer o crime, com ele concorrido ou prestado assistência à execução. A equiparação era temperada no art. 100, que versava sobre aplicação da pena e determinava que o juiz observasse importância da participação no crime (Alcântara Machado, 1938, p. 238). Registra Sontag (2014) que o projeto sobreviveria ao falecimento do próprio Sá Pereira, em 1934, mas não ao advento do Estado Novo, em 1937. O novo governo confiaria a tarefa a Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo.

Entre o primeiro projeto elaborado por Sá Pereira e o início dos trabalhos de Alcântara Machado, o Desembargador Vicente Piragibe, a exemplo do que tentara João Vieira de Araújo com o Código Penal de 1830, elaborou uma edição do Código Penal de 1890 complementado com todas as alterações posteriores e as leis penais especiais em vigor. Ao contrário de Vieira de Araújo, Vicente Piragibe foi bem-sucedido na empreitada. Seu trabalho se converteria em uma Consolidação das Leis Penais, oficializada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Sontag (2013, p. 515-516) atribui o sucesso de Piragibe à ampla aceitação do trabalho

pela crítica especializada e pela praxe forense, de modo que já era utilizado no foro antes mesmo de sua decretação.

A notável contribuição de Piragibe, contudo, não foi suficiente para suprimir os anseios por um novo código. O próprio Alcântara Machado (1941) fez publicar um relato detalhado de sua participação, desde o primeiro convite recebido até a decretação do CP 1940, já substancialmente modificado pela comissão revisora. O jurista foi incumbido da elaboração de um projeto de Código Penal, pela primeira vez, em 1934, por solicitação do Ministro da Justiça Vicente Ráo (*Ibid.*, p. 7-8). Naquele momento, contudo, ainda se discutia nas casas legislativas o projeto de Sá Pereira. Sendo o próprio Alcântara Machado parlamentar e presidente da Comissão de Constituição e Justiça, responsável também por apreciar o projeto Sá Pereira (Brito, 2002, p. 125), teria deixado de lado a tarefa para contribuir no projeto que já estava em tramitação. Com a mudança de regime em 1937, o convite foi renovado pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, que lhe encomendou não apenas a revisão do projeto Sá Pereira, mas a elaboração de um novo projeto de Código Penal (Alcântara Machado, 1941, p. 9-10). Em 15 de maio de 1938, foi apresentado o anteprojeto da parte geral, e em 11 de agosto do mesmo ano foi entregue o projeto completo, acompanhado de uma exposição de motivos (Brito, 2002, p. 126). Adotando uma posição intermédia entre o código vigente e os dois projetos que o precederam, o projeto Alcântara Machado, em seu art. 18 e incisos, enumerava as formas de participação no delito, a exemplo do CP 1890, mas equiparava-as em princípio – o que já sugeria pelo título do capítulo (“Da co-autoria”) –, neste ponto seguindo os projetos Galdino Siqueira e Sá Pereira.

O projeto Alcântara Machado assentou, ainda, a impunibilidade do ajuste e da instigação sem início de execução do fato principal, mas inaugurou a possibilidade de imposição de medida de segurança nesses casos (art. 18, §1º); fixou a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal (art. 18, §2º, inc. I) e das circunstâncias reais de que o partícipe não tenha conhecimento, salvo se elementares do crime (art. 18, §2º, inc. II); e previu, em seus artigos 19 e 20, um sistema agravador-atenuador específico (Batista, 2020, p. 13), que incluiu as atenuantes da participação de somenos importância e do agente que quis participar de crime menos grave (art. 20, incs. I e II) e as agravantes do organizador, da instigação de pessoa sujeita a sua autoridade, do agente que quis participar de crime mais grave, e da execução mediante paga ou promessa de recompensa (art. 19 e incisos). Publicado o projeto, naturalmente foi objeto de críticas e comentários dos juristas da época, aos quais o

autor procurou individualmente responder (Alcântara Machado, 1939), bem como explicar sua opção por se distanciar tanto do código em vigor quanto do projeto Sá Pereira⁵²:

Dentre as críticas ao projeto, Alcântara Machado transparecia notório incômodo com a de Néelson Hungria, a qual reputou “virulenta e apaixonada”, afirmando ainda que Hungria “tentou desencadear violenta campanha contra o projeto, como já fizera com relação ao da Subcomissão Legislativa, mas sem encontrar quem lhe seguisse as pegadas” (Alcântara Machado, 1941, p. 19-20). Em outra publicação, ao comentar a crítica de Hungria ao dispositivo que previa a omissão penalmente relevante (art. 9º, §1º), Alcântara Machado (1939, p. 62) o alcunharia “adversário do projeto”. Para desgosto de Alcântara Machado⁵³, seu projeto seria submetido a uma comissão revisora presidida justamente por Néelson Hungria, que produziria a redação que finalmente daria lugar a um novo Código Penal, em 1940.

1.4. O Código Penal de 1940

⁵² “Responde pelo crime, como se o houvera cometido”, dizia o projeto da Comissão Legislativa, ‘quem tiver instigado o seu autor a cometê-lo, para ele concorrido ou á sua execução prestado assistência’. Dispõe o projeto: ‘Incorrerão nas penas consideradas para o crime, com as modificações constantes dos arts, 19 e 20’, que, em certos casos, mandam aumentar a pena e, em outros, diminui-la: I — quem o houver diretamente resolvido e executado: II — quem tiver instigado ou determinado alguém a executá-lo. III — quem executar o crime resolvido por outrem; IV — quem, antes ou durante a execução, prestar auxílio, sem o qual o crime não seria executado: V — quem de outra maneira participar da preparação ou execução do crime’. Não é exato que eu tenha assim reproduzido a ‘casuística’ da Consolidação das Leis Penaes. Onde, na Consolidação, dispositivo correspondente ao quinto inciso do artigo precitado? E onde, no projeto, cousa que se pareça com a Consolidação, na parte em que fala dos ‘que provocarem ou determinarem outro. por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaça, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierárquica’? E no tópico referente á promessa de auxílio ao criminoso para evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime ou apagar os seus vestígios? E no lance alusivo aos que “roubarem ocultarem ou comprarem causas obtidas por meio criminoso”? E na menção dos que ‘derem auxílio ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores”, e dos que “fornecerem instruções para a pratica do crime’? Onde, no projeto, a distinção entre co-autoria e cumplicidade constante da legislação atual? É igualmente contestável a afirmativa de ser escorreita ou impecável a fórmula do trabalho da Comissão Legislativa. Quem presta assistência á execução do crime concorre inquestionavelmente para ele. a menos que ‘concorrer’ tenha perdido a significação, que todos os dicionários lhe atribuem, de cooperar, contribuir, compartilhar. Muito preferível seria a redação do projeto argentino: ‘Todos los que concurran moral o materialmente a la ejecución de um delito seran sometidos a las sanciones estatuidas para el mismo’. Não adotei essa fórmula sintética, porque, segundo se vê do dispositivo imediato, precisava discriminar as varias modalidades de cooperação na prática do delito, uma vez que algumas dentre elas me pareciam passíveis de penas aumentada e outras de pena diminuída. Precisava discriminá-las, para traçar limites ao arbítrio judicial, a que dava ensanchas o projeto da Comissão, que se contentava em mandar fosse atendida na fixação da pena ‘a importância da participação no crime’” (Alcântara Machado, 1939, p. 90-91).

⁵³ Se o próprio contexto não fosse evidência do desgosto de Alcântara Machado, as palavras que dispensou ao produto da revisão evidenciam o seu descontentamento: “O que me foi presente, com o rótulo de ‘Código Penal do Brasil’, era na realidade um decalque do ‘Código Criminal Brasileiro’, projetado por mim. Este reaparecia naquele, por mais que tentassem desfigurá-lo, mediante graves mutilações, enxertos insignificantes e emendas anódinas ou contraproducentes de redação. O que é pior: reproduzia muitos erros, que me haviam escapado e que eu já havia anotado para corrigi-los oportunamente. E o que é bem significativo: trasladava diversos dentre os dispositivos criticados acerbamente por alguns dos revisores...” (Alcântara Machado, 1941, p. 22).

O Código Penal de 1940, como já dito, embora tenha origem em um projeto encomendado pelo Ministro Francisco Campos ao jurista paulista Alcantara Machado, foi visceralmente modificado por uma comissão revisora composta por Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra⁵⁴ (Garcia, 2010, p. 248), ao ponto de afirmar Batista (2016, p. 109-110) que, embora se possa dizer que “o ‘sinal de unha’ de Alcantara Machado está presente por toda parte”, são de Nélson Hungria “as impressões digitais perenemente gravadas no CP 1940”. A Nélson Hungria se atribui, inclusive, a autoria da Exposição de Motivos, assinada pelo Ministro Francisco Campos (Fragoso, 1971, p. 7).

Sobre o concurso de pessoas, o Código Penal de 1940, em seus artigos 25 a 27⁵⁵, aboliu a tradicional distinção entre autores e cúmplices, igualando, em princípio, todos aqueles que contribuísem causalmente para o resultado – que seriam autores (Leiria, 1974, p. 36). O próprio título em que tais dispositivos estavam topograficamente inseridos (“Da co-autoria”) revela a pretensão de extinguir as formas típicas de participação, restando a autoria singular ou a coautoria. O legislador confessadamente optou por uma teoria monista ou unitária, preconizando que tal opção seria corolário da adoção, na causalidade, da teoria da equivalência das condições (Dotti, 1981, p. 74). A ideia reitora, de acordo com a Exposição de Motivos, é de que se o crime é único e indivisível e se todas as contribuições para o fato criminoso são equivalentes, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída a responsabilidade pelo todo (Campos, 1941, p. 17). A influência de Hungria é palpável⁵⁶, tanto porque o Projeto Alcantara Machado mantinha a descrição legal das formas típicas de

⁵⁴ Embora não fosse formalmente membro da comissão revisora e, portanto, não tenha sido mencionado na Exposição de Motivos, a influência de Costa e Silva nos trabalhos da comissão foi registrada por Hungria (1945, p. 20) e pelo próprio Alcantara Machado (1941, p. 20).

⁵⁵ “Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Circunstâncias incomunicáveis

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

Casos de impunibilidade

Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único)”.

⁵⁶ Hungria (1945, p. 26), por sua vez, atribuiu a Costa e Silva a inspiração para a simplificada disciplina do concurso de pessoas no código penal de 1940. A referência não deixa de ser curiosa, em vista da célebre analogia formulada por Costa e Silva, ao comentar o código penal de 1890: “Para nós, os escriptores que, com o fito de evitar as dificuldades da distinção entre os varios participantes de um crime, aconselham a supressão das disposições leaes a respeito, dão a lembrar aquelle cardeal que, reinando o timido D. João V, acabou com as tempestades, riscando-as das folhinhas do anno” (Costa e Silva, 1930, p. 87-88). Como esclarece na nota de rodapé da mesma passagem, Costa e Silva defendia que a lei não pode mudar a realidade e que suprimir da lei as distinções entre as diferentes formas de participação apenas retiraria dos juizes um instrumento seguro para a solução dos complicados problemas da codelinquência. Ferraz (1976, p. 6) e Zaffaroni-Batista (2017, p. 427) também aludem a esta analogia de Costa e Silva, mas a tratam como se fosse uma crítica do autor ao legislador de 1940. Embora a passagem tenha sido, de fato, mantida nos Comentários ao Código Penal de 1940, a crítica já estava presente na obra de 1930, ou seja, antes mesmo da adoção da teoria monista no Brasil. Teria Hungria exagerado na influência de Costa e Silva?

participação – ainda que, *a priori*, não diferenciasses as penas, mas conjugando-as a um sistema agravador/atenuador específico (Batista, 2020, p. 13) –, quanto pelas duras críticas que dispensou à teoria da acessoriedade – que denominou “teoria falsa” (Hungria, 1978, p. 403) –, à autoria mediata e às teorias pluralistas em geral.

Não obstante o radicalismo de tais assertivas, o Código Penal de 1940, curiosamente, não apenas fez menção expressa às diversas formas de participação, como estatuiu, no art. 27, que o “ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio [...] não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”⁵⁷. – não seria justamente este o núcleo do princípio da acessoriedade? Também foram estabelecidas agravantes específicas para determinadas formas de participação (art. 45⁵⁸), bem como uma atenuante pela participação de somenos importância (art. 48, inc. II⁵⁹), a indicar que nem toda condição para o delito era equivalente; certas contribuições se revestiam de especial gravidade, enquanto outras (as de “somensos importância”) mereciam reprimenda mais branda. Isto levaria à constatação, por diversos autores, de que o CP 1940 não incorporou a teoria unitária de forma tão incisiva quanto propagandeou a Exposição de Motivos. Assim, Lyra Filho e Cernicchiaro (1972, p. 231) afirmariam que o código “não se manteve fiel à orientação enfaticamente enunciada pelo Ministro Francisco Campos”; João Mestieri (1971, p. 251) faria notar que, embora tenha adotado a teoria unitária, o código teria contemplado princípios tendentes a disciplinar graus de participação no delito; Fabricio Leiria (1974, p. 82), mesmo reconhecendo a adoção pelo código da teoria unitária, descrevia as formas de codelinquência como “realidades insuprimíveis”, e que a maior prova disso seriam as inúmeras referências que o código fazia às tradicionais formas de participação criminal. Mas ninguém foi mais incisiva do que Esther de Figueiredo Ferraz⁶⁰ (1976, p. 5-11), que apontou que se o legislador tem poder suficiente

⁵⁷ No sistema duplo-binário adotado pelo CP 1940, aplicava-se neste caso a medida de segurança da liberdade vigiada, na forma do art. 94, inc. III: “Art. 94. Fora dos casos já previstos, aplica-se a liberdade vigiada durante um ano, pelo menos: [...] III - nos casos dos arts. 14 e 27”.

⁵⁸ “Agravantes no caso de concurso de agentes

Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

⁵⁹ “Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime”

⁶⁰ “Sobram ao legislador poderes para cancelar da terminologia de um código as expressões tradicionalmente usadas para distinguir as diversas formas de participação, reduzindo-as todas, indistintamente, à autoria. Não lhe é dado, entretanto, suprimir da mesma feita e com o mesmo golpe entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidades concretas e vivas como são aquelas a que acabamos de nos referir [as distintas formas de participação no delito]. [...] Apesar do esforço empreendido pelo legislador penal brasileiro para se libertar da tradicional classificação dos agentes incorporada ao sistema da legislação ab-rogada, não o conseguiu de todo.

para escolher as terminologias empregadas no Código Penal, não o tem para suprimir a realidade, tanto que o código continuaria “a se servir de uma terminologia que supõe uma classificação subterrânea mas real consagradora das clássicas formas de participação criminosa”.

É impossível, contudo, não reconhecer alguns avanços na disciplina do concurso de pessoas. Foi incluída, pela primeira vez, a cláusula de incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, salvo se elementares do crime (art. 26). Na cooperação dolosamente distinta, o agente que quis participar de crime menos grave fazia jus a uma atenuante especial (art. 48, parágrafo único⁶¹) – disposição criticada por ainda implicar em responsabilidade objetiva (Ferraz, 1976, p. 64), mas que, indubitavelmente, representava um avanço em relação à disciplina do código anterior. Outra consequência da adoção de um conceito extensivo de autor foi a abolição de qualquer forma de cumplicidade *post-factum*, substituídas pelos tipos penais autônomos de receptação e favorecimento (Campos, 1941, p. 18) – solução certamente mais técnica, pela dificuldade de conciliar o elemento subjetivo da participação com um delito já consumado no momento da intervenção do partícipe. Mesmo tais virtudes, todavia, quando conjugadas com a perspectiva monista em voga e com análises pouco criteriosas sobre as diferentes categorias de delitos, produziam algumas perplexidades. Ferraz (1976, p. 106-107) apontaria a extravagância de que, sob a sistemática do código então vigente, a regra da comunicabilidade das circunstâncias pessoais que fossem elementares do crime conduziria a que respondesse por infanticídio quem prestasse auxílio material à puérpera. Desconhecendo os crimes de mão própria, o Supremo Tribunal Federal reconheceria a coautoria nos crimes de autoaborto⁶², para o homem que pagou pelo procedimento abortivo, e de falso testemunho⁶³, para o advogado que teria pedido à testemunha que mentisse.

Tanto assim que continua a se servir de uma terminologia que supõe uma classificação subterrânea mas real consagradora das clássicas formas de participação criminosa. No artigo 27, por exemplo, distingue o Código de 1940 o ato executivo ou consumativo (a autoria propriamente dita, no sentido de CARRARA), dos atos de ajuste, determinação ou instigação e auxílio (a cumplicidade *stricto sensu* como é definida pelo mestre italiano). Entretanto, se a execução, o ajuste, a determinação ou instigação, o auxílio moral ou material, são formas de participação indistintamente reduzidas à autoria, haveria necessidade de designá-las por diferentes expressões? [...] Conclui-se pois que o nosso legislador penal continua a se utilizar dos destroços de uma construção que ele próprio repudiou por obsoleta e imprestável. Insiste em empregar terminologia que só a tradicional classificação dos agentes do crime lhe poderia ter cedido, classificação que tudo faz por esquecer e ignorar mas a que recorre sistematicamente sempre que a realidade concreta exige formas de expressão adequadas à sua imensa variedade de aspectos” (Ferraz, 1976, p. 5-11).

⁶¹ “Art. 48, Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”.

⁶² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 50.872. Tribunal Pleno. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. j. 29.03.1973.

⁶³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 53.565. Tribunal Pleno. Rel. Min. Thompson Flores. j. 12.08.1975.

O absolutismo causalista do código e de seus idealizadores encontrou a resistência de notáveis penalistas brasileiros. Aníbal Bruno (1967, p. 264) argumentou que a equiparação das diversas formas de participação era apenas aparente e que cabia à ciência penal continuar a distingui-las e classificá-las, estudando seus reflexos na responsabilização concreta de cada agente. Heleno Fragoso (1980, p. 257) aduziu que, em que pese a indistinção legal entre autor e partícipe, “tal distinção, no entanto, está na natureza das coisas e não pode ser desconhecida pela doutrina, pois dela resultam conseqüências jurídicas”. René Dotti (1981, p. 74) propugnava um tratamento diferenciador aos diversos agentes, na medição concreta da pena, como forma de “correção dos desvios que uma interpretação radicalizante da regra de incidência abrangente poderia conduzir”. Coube a Nilo Batista (2020) a mais completa investigação sobre o concurso de pessoas na vigência do Código Penal de 1940, denunciando o risco de violação do princípio da reserva legal que carrega um conceito extensivo de autor e a insuficiência da causalidade para equacionar todos os problemas do concurso de pessoas. Batista (2020, p. 44) percebeu, com razão, que “‘concorrer’ não é sinônimo perfeito de ‘concausar’”; é necessário, portanto, delimitar as específicas formas de concorrer para o delito, sem o que estar-se-ia diante de uma violação ao princípio constitucional da legalidade (*Ibid.*, p. 54-55).

Grande importância era dada pela doutrina ao elemento subjetivo da participação. Leiria (1974, p. 39-41) defendia que todos os partícipes do delito (em sentido amplo) deveriam estar ligados por um vínculo psicológico, que se materializa na manifestação de vontades para um fim comum – a realização do delito. Em sentido muito similar, Ferraz (1976, p. 25-26), invocando Antolisei, não se satisfazia com o simples conhecimento de se estar contribuindo no fato delitivo de outrem; antes, exigia uma “intenção de contribuir com a própria operação para que se configure o fato”, sem o que não se poderia falar em uma convergência para um resultado único e comum a todos os agentes. Aludindo à mesma “convergência de vontades”, Lyra Filho e Cernicchiaro (1972, p. 234-235) argumentavam em favor de uma “homogeneidade do liame psicológico”, ou seja, seria impossível a participação dolosa em crime culposo e vice-versa. Essa compreensão do elemento subjetivo da participação nos leva a crer que a maior parte dos casos inseridos no debate sobre as ações neutras seria resolvida neste estrato do delito: em regra, aquele que contribui para o delito alheio através de uma conduta profissional ou cotidiana, ou desconhecerá o plano criminoso (faltarão o elemento cognitivo do dolo), ou não compartilhará com o autor principal uma finalidade comum (faltarão o elemento volitivo do dolo).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na vigência do CP 1940 nos oferece alguns exemplos de casos que poderiam ser inseridos no grande leque das ações neutras. Uma questão interessante, apreciada mais de uma vez pela Suprema Corte, diz respeito à responsabilidade penal do porteiro ou funcionário da casa de prostituição pelo crime do art. 229, CP. Em dois *habeas corpus* relatados pelo Ministro Evandro Lins e Silva⁶⁴, ambos no ano de 1964, o Supremo Tribunal Federal, em que pese a propalada indistinção entre os concorrentes do crime no Código Penal de 1940, ressaltou que o principal destinatário da norma é o proprietário do estabelecimento e que o empregado, no limite, somente poderia ser considerado coautor. Como, em ambos os casos, o proprietário havia sido absolvido, considerou o relator que não poderia o funcionário responder pelo crime. Os fundamentos invocados são de ecleticismo singular. Todo o raciocínio parece construído sob as bases do princípio da acessoriedade – o que seria conforme ao art. 27 do código vigente. Porém, talvez pela dificuldade de acomodar este dispositivo com a teoria monista adotada pelo código, a conclusão foi de que o requisito típico da habitualidade não pode ser imputado ao funcionário se não o foi ao proprietário.⁶⁵

Diante da amplitude da regra do art. 25 do CP 1940, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, portanto, que a conduta do mero empregado da casa de prostituição, que não detém nenhum controle sobre a destinação ilícita do estabelecimento, pode configurar participação criminal punível – ainda que, nesse primeiro momento, tenha limitado o alcance da incriminação, ao condicioná-la à responsabilização do autor principal. Contudo, em outro caso similar, julgado em 1969⁶⁶, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em tese, a responsabilidade penal do empregado do estabelecimento, mesmo quando não responsabilizado o proprietário. No julgamento do HC 47.155, o relator, Ministro Aduauto

⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 40.381. Tribunal Pleno. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. j. 20.05.1964; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 41.085. Tribunal Pleno. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. j. 29.10.1964.

⁶⁵ “[...] Na hipótese dos autos, o proprietário foi absolvido e o porteiro foi condenado. Quem mantinha o hotel era o primeiro. O requisito da habitualidade da exploração da casa de prostituição referia-se, principalmente, ao seu dono, e, secundariamente, ao empregado. Este seria, quando muito, co-autor do crime. Se a habitualidade não se provou em relação ao principal, isto é, ao proprietário da casa, que é quem aufera os lucros da exploração do negócio, não vejo como imputar ao empregado tal requisito. A condição legal relaciona-se com a própria casa de prostituição e não com as pessoas que a ela prestam serviços. Estas poderão, conforme a participação que tiverem, ser responsabilizadas juntamente com o proprietário. Serão co-partícipes da infração, jamais autores isoladamente. [...]” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 40.381. Tribunal Pleno. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. j. 20.05.1964).

⁶⁶ Embora não seja possível estabelecer nenhuma conexão direta entre nova composição da Corte e a mudança na orientação jurisprudencial, não se pode deixar de mencionar que, em janeiro do mesmo ano, os Ministros Evandro Lins e Silva (relator dos dois primeiros casos abordados nesse capítulo), Hermes Lima e Victor Nunes Leal foram aposentados compulsoriamente pela Ditadura Militar, por meio do famigerado AI-5. Em solidariedade a eles, os Ministros Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada também renunciaram aos seus assentos na Suprema Corte, de modo que houve uma mudança repentina e significativa na composição do Tribunal.

Cardoso, votou pela concessão da ordem, aludindo à existência de licença para o funcionamento do estabelecimento e à condição de mero empregado do paciente. Restou vencido, porém, diante do voto do Ministro Thompson Flores, para quem o paciente “não poderia furtar-se, pois, à co-autoria, conceituada na amplitude do art. 25, do aludido Código”. Já o Ministro Eloy da Rocha, embora votando com a divergência, estabeleceu interessante distinção: “[...] Se o empregado exerce, dentro da casa de prostituição, atividade não relacionada, diretamente, com o ato criminoso, não incorre na sanção penal. Mas se o que se apresenta como empregado prestar serviço que caracterize concurso para o crime, nos termos do art. 25 do C. Pen., será êle co-autor. [...]”⁶⁷. No caso concreto, votou o ministro pela denegação da ordem por considerar que os fatos imputados ao dito empregado estavam diretamente associados à atividade ilícita, como a “fixação de valores de ‘taxas’ pagas pelas prostitutas”. O voto é curioso, todavia, por destoar da versão predominante, segundo a qual toda contribuição causal para o delito seria equivalente e, portanto, punível, nos termos do art. 25 do CP 1940. Na visão do Ministro Eloy da Rocha, concorrer para o crime denotava um conteúdo distinto do que meramente estar inserido no curso causal. No momento oportuno, veremos como esta distinção pode ser relevante para o problema das ações neutras.

Esta não foi a única vez em que o Supremo Tribunal Federal limitou a amplitude da concepção unitária adotada pelo CP 1940. Em um caso de estelionato, julgado em 1965, o Supremo Tribunal Federal determinou a exclusão de um partícipe da denúncia, por considerar atípica a sua participação nos fatos. O caso envolvia uma transação comercial de compra e venda de um veículo, supostamente organizada de forma fraudulenta para lesar o vendedor. Ao paciente foram imputadas uma contribuição psíquica e uma contribuição material: (i) ter dado boas referências ao vendedor sobre a pessoa do comprador e sua conduta comercial; e (ii) ter participado na organização da garantia da transação, devolvendo ao comprador títulos de crédito que estavam em seu poder, em garantia de uma transação pretérita, para que então fossem entregues ao vendedor como garantia do negócio, recebendo em substituição os documentos de propriedade do veículo, endossados em branco. Posteriormente a tais fatos, o comprador teria acordado com o vendedor, sem a participação do paciente, a substituição da garantia – recuperou os títulos de crédito e os substituiu por uma nota promissória. Na data de vencimento, o título não foi pago e o veículo já havia sido revendido a terceiro, lesando o seu proprietário original. Com o valor da revenda do veículo, teria sido paga a dívida que o comprador tinha com o paciente.

⁶⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 40.381. Tribunal Pleno. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. j. 20.05.1964.

Há poucas dúvidas de que as condutas atribuídas ao paciente foram causais para o delito, de acordo com a teoria da equivalência das condições. Não tivesse ele confirmado a idoneidade do comprador e nem aceitado devolver os títulos de crédito em seu poder para que garantissem a nova operação, a transação supostamente fraudulenta não teria se realizado – ou pelo menos não teria se realizado da forma como ocorreu, o que é suficiente para afirmar a causalidade. Para afastar a responsabilidade penal do paciente, o Ministro Evandro Lins e Silva, relator do *habeas corpus*, afirmou que a estruturação da operação comercial e a substituição da garantia foram normais; que o paciente não teria recebido nenhuma vantagem ilícita; e que seu único objetivo foi o recebimento do crédito que tinha com o comprador.⁶⁸

Os fundamentos, como se vê, ora são de ordem objetiva – a normalidade da operação comercial, a inexistência de vantagem ilícita em benefício do paciente –, ora de ordem subjetiva – o paciente objetivava apenas o recebimento do seu crédito. O interessante é notar como a adoção de uma fórmula unificadora de base causal para a participação criminal ampliou o âmbito de incidência da norma penal, que passou a alcançar situações “normais” ou cotidianas, que anteriormente não se enquadravam nas formas legais da autoria e da cumplicidade. A jurisprudência, portanto, se viu obrigada a elaborar diferenciações, perscrutar finalidades, enfim, exercitar a criatividade para evitar que a amplitude da norma ultrapassasse limites minimamente racionais.

Outro campo em que regra unitária naturalmente criou dificuldades, e que é frequentemente relacionado ao tema das ações neutras, foi o dos delitos societários. Esther de Figueiredo Ferraz (1976, p. 103), antecipando uma preocupação que ainda permanece na ordem-do-dia, já qualificava a pessoa jurídica como “viveiro fertilíssimo onde a co-delinquência germina e se desenvolve em condições ambientais extremamente favoráveis”, e apregoava as virtudes da teoria unitária para enfrentar esta espécie de criminalidade, podendo ser responsabilizados colaboradores comuns, como contadores e peritos, “desde que ajam de forma culpável” (*Ibid.*, p. 102). A jurisprudência, ao que nos parece, não conferiu

⁶⁸ “[...] Na verdade, o que se atribui ao paciente é o fato de êle ter feito boas referências à conduta comercial anterior de Gilberto da Silva Abreu, a quem devolveu títulos de terceiro, que estavam em seu poder, para garantia de uma dívida. Êsses títulos, que passaram a garantir a dívida feita por Gilberto, com a suposta vítima, em consequência da compra de um automóvel, foram substituídos pelos documentos de propriedade do automóvel, endossados em branco. Essa operação comercial parece-me normal. O paciente desfêz-se da garantia que possuía e exigiu outra. Posteriormente, o comprador procurou o lesado e substituiu essas cambiais de responsabilidade de outrem, por uma promissória, de sua emissão, avalizada por sua mulher. Nessa segunda operação, não há participação do paciente. [...] Não se diz que o paciente tenha recebido vantagem ilícita. Quando Gilberto da Silva Abreu vendeu o carro, pagou a dívida que tinha para com êle, sem acrescentar qualquer importância. A descrição da denúncia revela que o único objetivo do paciente era o recebimento do seu crédito e não participou de qualquer vantagem que porventura Gilberto tivesse obtido com a transação, isto é, vantagem ilícita, que é o que configura o crime de estelionato. [...]” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 42.873. Tribunal Pleno. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. j. 17.11.1965).

tratamento uniforme à matéria. Parecendo limitar o alcance do art. 25, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* para o sócio quotista de um estabelecimento comercial, que havia sido condenado pelo crime de expor a venda mercadoria imprópria para consumo. Argumentou o Ministro Pedro Chaves, relator do *writ*, a necessidade de se interpretar restritivamente a regra do art. 25 do CP 1940, exigindo-se “a ação própria, o concurso prestado voluntária e conscientemente”⁶⁹. Em outro caso, porém, em que o paciente integrava a diretoria de um sindicato e arguia justamente a falta de descrição de sua conduta pessoal na denúncia, considerou a Corte Suprema suficiente que os fatos tenham se dado no período em que o paciente integrou a diretoria, chegando a afirmar que “o Paciente, como Secretário do Sindicato, com funções até de substituir o Presidente, tinha responsabilidade direta pelos atos da diretoria”⁷⁰.

1.5. O Código Penal de 1969

Duas décadas após sua decretação, o Código Penal de 1940 já inspirava necessidade de reforma. Em 1963, o próprio Nélson Hungria apresentou um anteprojeto de Código Penal, que foi submetido a uma comissão revisora inicialmente composta por Nélson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi (Fragoso, 1971, p. 3). Segundo relata Heleno Fragoso (*Ibid.*, p. 3-4), concluídos os trabalhos da comissão revisora, sobreveio o Golpe Civil-Militar de 1964, o que levou Roberto Lyra a escusar-se de participar, por considerar que o momento histórico não era propício para apreciação de tão importante matéria. Foi então dissolvida a comissão anterior e constituída nova comissão, integrada por Hungria, Aníbal Bruno, Tornaghi e o próprio Heleno Fragoso, aos quais se juntaria mais tarde Vieira Braga (*Ibid.*, p. 4).

A complexa conjuntura político-social, contudo, prorrogava a conclusão dos trabalhos. Em 1969, Gama e Silva, então Ministro da Justiça, teria comunicado Nélson Hungria da intenção do Governo em editar o Código por decreto. Nesse ínterim, faleceu Hungria (*Ibid.*, p. 5). O projeto então foi submetido a uma revisão final por Benjamin Moraes Filho, Heleno Fragoso e Ivo D’Aquino (Toledo, 1994, p. 65). Narra Fragoso (1971, p. 7), porém, que só houve tempo para revisão da parte geral, tendo sido propostas 45 emendas pelos revisores,

⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 42.893. Tribunal Pleno. Rel. Min. Pedro Chaves. j. 07.12.1965.

⁷⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 42.805. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cândido Motta Filho. j. 27.10.1965.

quase todas aprovadas. Em 21 de outubro de 1969, o novo código foi finalmente decretado pelo Decreto-Lei no 1.004, de 21.10.1969, que deveria entrar em vigor em janeiro de 1970.

Sob a denominação concurso de agentes, a matéria em estudo foi concentrada em um único artigo (35 e parágrafos)⁷¹ do Código Penal de 1969, que mantinha o conceito extensivo de autor adotado pelo CP 1940, mas acrescentou, em seu parágrafo primeiro, a consideração de que a punibilidade de cada agente era independente e se daria segundo sua própria culpabilidade. O mesmo parágrafo, em sua parte final, repetia a fórmula da incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. O parágrafo segundo continha as agravantes específicas do concurso de pessoas e o parágrafo terceiro a atenuante da participação de somenos importância.

Na Exposição de Motivos, o Ministro Gama e Silva (1969, p. 158) reconhecia ser “possível que a unificação de tôdas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa”. Apesar disso, justificou a opção por manter a concepção unitária pela simplicidade e por razões de política criminal (o que só pode ser lido como facilitação da repressão penal), aduzindo que o rigor da fórmula é temperado pelas disposições que permitem a individualização da conduta de cada participante. Talvez indo além do que dizia o texto legal e sua Exposição de Motivos, Leiria (1974, p. 238-239) argumentava que “o dogmatismo da concepção unitária da participação criminal [...] é apenas aparente, visto que a realidade incontestável da diversidade quantitativa e qualitativa do agir humano está ali reconhecida”. Mestieri (1972, p. 251) apontou o mérito do CP 1969 em extinguir “qualquer resquício de responsabilidade objetiva”, ao estabelecer que a punibilidade de cada agente se dá de forma independente da dos demais e ao suprimir a regra que permitia a responsabilização pelo resultado mais gravoso do partícipe que quis participar de crime menos grave.

Todavia, a vigência do CP 1969 foi sucessivamente prorrogada, até sua efetiva revogação. Antes disso, viria a ser profundamente alterado pela Lei n.º 6.016, de 31 de

⁷¹ Art. 35. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas. (Co-autoria)
 § 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Condições ou circunstâncias pessoais)
 § 2º A pena é agravada em relação ao agente que: (Agravação de pena)
 I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
 II - coage outrem à execução material do crime;
 III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
 IV - executa o crime, ou nêle participa, mediante paga ou promessa de recompensa.
 § 3º A pena é atenuada em relação ao agente cuja participação no crime é de somenos importância de pena. (Atenuação de pena)

dezembro de 1973. A Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, que implementou importante reforma penal no CP 1940 – e não no CP 1969 – já dava indícios do abandono do código que não chegou a nascer. O aborto seria consumado com a publicação da Lei n.º 6.578/78, que revogou expressamente o CP 1969 antes que experimentasse um dia sequer de vigência.

1.6. A reforma da Parte Geral de 1984

Nos anos que antecederam a redemocratização brasileira, um novo esforço de reforma foi colocado em movimento, por iniciativa do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, que nomeou comissão de estudos para a reforma do Código Penal, presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada pelos juristas Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca (Toledo, 1994, p. 67). A iniciativa constituiu parte de um projeto maior de reformulação do sistema penal, que incluía comissões para apresentação de um novo código de processo penal e um código de execuções (*Idem*). Após debates realizados no Instituto dos Advogados Brasileiros e no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu-se que a reforma mais ampla seria realizada em duas etapas: “na primeira, seriam concluídos e devidamente encaminhados os Anteprojetos de Código Penal – Parte Geral, de Código de Processo Penal e de Lei de Execução Penal; na segunda etapa, cuidar-se-ia do Código Penal – Parte Especial e da Lei das Contravenções Penais” (*Idem*). Deste ambicioso programa, converteram-se em lei apenas a nova parte geral (Lei n.º 7.209/84) e a lei de execução penal (Lei n.º 7.210/84).

Na matéria sob estudo, o título do código de 1940 – “Da co-autoria” foi substituído pela mais adequada terminologia “Do concurso de pessoas” e a rigidez do antigo artigo 25 foi suavizada, no atual artigo 29⁷², com o acréscimo da expressão “*na medida de sua culpabilidade*”. Estas duas singelas modificações redacionais fizeram com que parte da doutrina apontasse o abandono no conceito extensivo de autor em favor de um conceito restritivo (Cagliari, 1999, p. 54). A própria Exposição de Motivos registrou que “a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*” e que “sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria [a teoria monista],

⁷² “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

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

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

ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras preciosas que distinguem a autoria da participação” (Abi-Ackel, 1983). Em que pese a arguta advertência de Costa Junior (1989, p. 77), que pontuou a existência de incongruências entre a Exposição de Motivos e a redação legal, em razão daquela se referir ao projeto (e não ao texto aprovado), tal incompatibilidade não se observa em relação ao concurso de pessoas.

O Código Penal em vigor, portanto, adotou uma posição intermediária entre a tradicional adoção de um conceito restritivo de autor, com a definição de cada forma de participação criminal *lato sensu*, e o conceito extensivo de autor do Código Penal de 1940. Na atual sistemática, há distinção entre autores e partícipes, com repercussões na medida da pena aplicável a cada agente, embora respondam todos por um mesmo crime e embora inexista definição legal de cada forma de participação – opção lamentada por Costa Junior (1985, p. 67). Na expressão de Batista (2020, p. 39), a reforma de 1984 atendeu à inclinação por um monismo no injusto, e um pluralismo na reprovabilidade.

A participação de menor importância (art. 29, §1º), atenuante especial no CP 1940, passou a ser causa de diminuição de pena, permitindo a redução da pena aquém do mínimo legal sem esbarrar na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (*Ibid.*, p. 25). A cooperação dolosamente distinta (art. 29, §2º), que na vigência do CP 1940 também constituía mera atenuante e importava em responsabilização penal objetiva, recebeu tratamento mais adequado ao princípio da culpabilidade (Costa Junior, 1989, p. 80), respondendo o agente pelo crime do qual quis participar, podendo incidir uma causa de aumento se fosse previsível o resultado mais grave. O art. 30⁷³ preconiza a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, salvo se forem elementares do crime. O princípio da acessoriedade está previsto no art. 31⁷⁴, que faz depender a tipicidade da participação do início de execução do fato principal. É também no artigo 31 que Beatriz Corrêa Camargo (2018, p. 227-228) encontra, com razão, a delimitação legal das formas de participação em sentido estrito – o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio. As agravantes especiais do concurso de pessoas foram mantidas, *mutatis mutandis*, no atual artigo 62⁷⁵. Nas circunstâncias atenuantes,

⁷³ “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

⁷⁴ “Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

⁷⁵ “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

importa-nos a do art. 65, inc. III, alínea c⁷⁶, em suas duas primeiras figuras – crime praticado sob coação moral resistível ou em obediência hierárquica (excetuada, por óbvio, a hipótese do art. 22⁷⁷).

Em suma, a atual disciplina legal do concurso de pessoas indubitavelmente constitui um avanço em relação ao CP 1940, pois permite a distinção das diversas formas de contribuição para o crime, ainda que, em princípio, equiparando-as no nível do injusto e remetendo a diferenciação para a culpabilidade. Todavia, a lei penal segue sem especificar como é possível concorrer para o crime, o que constitui um indesejável déficit de legalidade e de segurança jurídica. Se é possível identificar no artigo 31, a *contrario sensu*, as formas legais de participação, o conteúdo do ajuste, da determinação, da instigação e do auxílio seguem indefinidos. Uma adequada teoria geral da participação, que pretenda delinear os contornos entre o fato punível e o impunível, necessariamente passa pela correta definição e delimitação de cada uma dessas modalidades de contribuição ao injusto alheio.

2. UM PANORAMA TEÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS

Superado este percurso histórico sobre o arcabouço normativo em matéria de concurso de pessoas e de seu tratamento na doutrina e na jurisprudência brasileiras, é importante para os objetivos deste estudo delinear o panorama teórico atual da matéria, desfazendo algumas confusões terminológicas e adotando claramente um marco teórico a partir do qual o tema será investigado. O tema das ações neutras nada mais é do que um problema de participação criminal em sentido estrito, ainda que focado a partir de determinados casos-problema que explicitam os contornos problemáticos das teorias dominantes sobre a participação. Antes de avançar sobre o problema específico das ações neutras, portanto, será útil traçar um quadro geral sobre o atual estado da arte na teoria do concurso de pessoas.

Inicialmente, há determinados conceitos e teorias que são invariavelmente abordados no estudo do concurso de pessoas, mas que nem sempre são empregados com o mesmo sentido e conteúdo. É o caso, principalmente, do debate entre teorias monistas, dualistas e

⁷⁶ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]

III - ter o agente: [...]

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.

⁷⁷ “Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

pluralistas, bem como a utilização dos conceitos extensivo e restritivo de autor. Embora o objeto da pesquisa esteja mais diretamente focado na participação em sentido estrito, não é possível prescindir da análise do conteúdo da autoria, tendo em vista que, como se verá, o princípio da acessoriedade confere à participação um caráter subsidiário em relação à autoria, que faz com que o primeiro requisito de um conceito de instigação ou de cumplicidade seja que a conduta não se enquadre em uma das formas legais de autoria. Ao longo do presente capítulo, tais questões serão devidamente esclarecidas, sobretudo para expor ao leitor as opções teóricas adotadas neste estudo, que constituirão pressuposto da investigação que será desenvolvida em seguida sobre o problema das ações neutras e o conteúdo da cumplicidade

No que diz respeito à participação em sentido estrito, o próprio princípio da acessoriedade é objeto de disputa no que tange ao seu alcance, divergindo os autores sobre uma acessoriedade mínima, limitada, extrema ou, em sua versão mais hipertrofiada, uma hiperacessoriedade. As espécies de participação criminal recebem da doutrina distintas classificações, embora seja reconhecível uma tendência pela divisão entre a instigação e a cumplicidade, que precisam ser diferenciadas em seus elementos de tipicidade objetiva. Também o elemento subjetivo da participação suscita debates, divergindo os autores se o dolo do partícipe tem por objeto a consumação do crime, ou se basta o dolo de contribuir na ação alheia. Esta opção também influenciará na possibilidade ou não de participação em crime culposos.

2.1. Monismo, dualismo e pluralismo

Há evidente confusão na doutrina brasileira quanto ao emprego dos termos monismo, dualismo e pluralismo, ora empregados na indagação se todos os intervenientes no fato criminoso respondem pelo mesmo ou por diferentes injustos, ora como sinônimos dos conceitos extensivo e restritivo de autor, ora ainda em alusão a problemas específicos da parte especial, geralmente referidos a delitos de mão própria, em que intervêm no fato criminoso pessoas que não reúnem as qualidades especiais exigidas pelo tipo, de modo que convém esclarecer o que se entende pelo conceito. Entendemos, com Batista (2020, p. 36) e Lobato (2009, p. 15), que a adequada compreensão do conceito diz respeito ao primeiro sentido, ou seja, à consideração sobre se cada interveniente no delito responde a um injusto próprio, relativo à natureza de sua participação, ou se respondem todos pelo mesmo injusto, ainda que

as contribuições sejam sopesadas “na medida de sua culpabilidade” (CP, art. 29). Como bem registra Camargo (2018, p. 85), a discussão foi relevante para determinar se seria possível estender àqueles que não praticam a ação descrita no tipo penal a responsabilidade pelo crime, ou se tal punição demandaria a criação de tipos penais específicos de auxílio e de instigação. O uso do pretérito é proposital: o tema não mais nos parece particularmente relevante, posto que há muito superado na doutrina brasileira.

Neste sentido particular, não há dúvidas de que o Código Penal brasileiro optou por um monismo⁷⁸ e que o artigo 29 constitui uma regra de extensão da tipicidade às contribuições ao delito alheio que não impliquem a realização direta da ação incriminada – de forma análoga à omissão imprópria, em que o art. 13, §2º, CP, estende a tipicidade, nos delitos de resultado, para aqueles que tinham um dever jurídico de agir para evitá-lo. Diante de tal dispositivo, não há dúvidas de que, fora dos casos previstos na legislação especial, todos os concorrentes respondem pelo mesmo delito. Mas isso não significa, por si só, que todos respondam na qualidade de autores. Isto é, a unidade do injusto não importa necessariamente na unidade das formas de participar do injusto. Neste ponto, será necessário avaliar se o Código Penal brasileiro adotou um conceito extensivo ou restritivo de autor.

2.2. Conceito extensivo e conceito restritivo de autor

Conforme já antecipado, entendemos que a reforma da parte geral de 1984 optou pela retomada parcial de um conceito restritivo de autor (*ver 1.6 supra*), após o fracasso da declarada tentativa do CP 1940 em emplantar um conceito extensivo, que jamais foi aceito em toda a sua amplitude por notável parcela da doutrina brasileira⁷⁹. O conceito extensivo ou unitário de autor, ferrenhamente defendido por Hungria (1958, p. 405-411), pretendia igualar todos os concorrentes para o delito, sob uma perspectiva causal, que responderiam

⁷⁸ Há, todavia, exceções pluralistas. Assim, quem oferece vantagem à testemunha, para que faça afirmação falsa em juízo, responde pelo crime do art. 343, CP; já a própria testemunha que faz a afirmação falsa, responde pelo crime do art. 342, CP. O mesmo sucede nos crimes de corrupção ativa (CP, art. 333) e corrupção passiva (CP, art. 317). Menos pacífica é a questão do auxílio em crimes de infanticídio (CP, art. 123) e de autoaborto (CP, art. 124). Ferraz (1976, p. 106-107) entendia que, diante da regra do art. 30, CP, a condição pessoal (mãe, sob influência do estado puerperal), sendo elementar do crime, comunica-se aos partícipes. O mesmo raciocínio valeria para o crime do art. 124, CP. Outros autores, como Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 197), argumentam que o *intraneus* e o *extraneus* poderão responder por crimes distintos. Em todo caso, a regra no direito brasileiro é a da unidade do injusto para todos os concorrentes.

⁷⁹ Já referimos anteriormente à resistência de Aníbal Bruno (1967, p. 264), Heleno Fragoso (1980, p. 257), René Dotti (1981, p. 74) e Nilo Batista (2020, p. 27-56).

indistintamente como autores. Nem mesmo o CP 1940, porém, deixou de referir às formas de participação, de prestigiar o princípio da acessoriedade e de reconhecer a participação de menor importância como circunstância atenuante (*ver 1.4 supra*).

Schünemann (2023, p. 5), em análise de direito comparado em que estuda o conceito unitário de autoria sob a perspectiva do código penal austríaco, aponta que essa tentativa de simplificação conduz a uma equiparação material de formas de intervenção no delito muito distintas, impossibilitando, de um lado, a graduação da resposta penal de acordo com os diferentes níveis de responsabilidade que cada tipo de intervenção acarreta, e obscurecendo, de outro lado, o fundamento teleológico da autoria. Recorda, com razão, que sobra apenas a causalidade como elemento comum a todas as formas de intervenção, com o que “dogmática do delito é catapultada em quase 50 anos de volta à época do monismo causalista”.

O conceito restritivo de autor, portanto, que distingue as diferentes formas de concorrer para um crime, além de respeitar os limites da realidade – requisito que Heleno Fragoso já reclamava (1980, p. 257) e hoje o fazem Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2017, p. 425) –, é mais congruente com o atual estágio da teoria do delito e mesmo com o Código Penal brasileiro vigente, que buscou superar a perspectiva unitária, ainda que de forma excessivamente tímida, remetendo para a culpabilidade a consideração dos distintos níveis de contribuição para o injusto. Conforme exposto no item 1.6 deste estudo, a Exposição de Motivos da reforma da parte geral de 1984 aludiu expressamente à opção “por regras preciosas que distinguem a autoria da participação” (Abi-Ackel, 1983). Talvez o autor da assertiva tenha encarado as singelas mudanças redacionais com excessivo otimismo. Há razão, todavia, para se considerar que o código vigente contemplou a diferenciação entre autoria e participação e se socorreu dessa distinção ora para aumentar ou diminuir a pena, ora para subordinar a relevância penal do ajuste, da determinação ou instigação e do auxílio ao início da execução do fato principal.

Mais do que isso, cumpre desde logo antecipar a compreensão, que será melhor desenvolvida em tópico próprio, de que é possível superar a leitura segundo a qual o art. 29, CP, estende a punibilidade para qualquer aporte causal para o delito alheio, independentemente de sua natureza⁸⁰. Pensamos, com Camargo (2018, p. 227-228) que é possível distinguir no art. 31, CP, a *contrario sensu*, as específicas formas de contribuição para o delito alheio, ainda que de forma anêmica e pouco definida; concorda-se, ainda, com a ideia de que a limitação do alcance da participação em sentido estrito, inclusive no que diz respeito às chamadas ações neutras, passa necessariamente pela adequada definição do

⁸⁰ Parece ser, por exemplo, o entendimento de Luís Greco (2014, p. 38).

sentido do auxílio ou da cumplicidade (Camargo, 2020, p. 107), identificando o seu conteúdo para além do insuficiente dogma da causalidade.

2.3. Autoria como um problema prévio à participação

Como corolário do princípio da acessoriedade, as formas de participação criminal em sentido estrito constituirão, necessariamente, conceitos subsidiários em relação à autoria. Conforme exposto no capítulo 1.2 deste estudo, o Código Criminal de 1830 chegou a definir a cumplicidade como um conceito por exclusão: os cúmplices são todos os demais agentes que contribuir para o crime e que não forem autores⁸¹. O primeiro requisito de qualquer forma de participação, portanto, é que a contribuição do agente não caracterize nenhuma das hipóteses de autoria. Assim, é impossível determinar o conteúdo da instigação e da cumplicidade sem antes indicar em quais casos o agente poderá ser imputado como autor de um delito.

Para a teoria formal-objetiva, autor é quem realiza a ação típica, enquanto partícipe será todo aquele que contribuir para o fato criminoso, sem praticar a ação típica (Fragoso, 1980, p. 257). Era a teoria adotada pelo próprio Heleno Fragoso (1980, p. 258) e por Aníbal Bruno (1967, p. 265-267), ainda hoje ocasionalmente referida na jurisprudência⁸² – ainda de que forma assistemática e sem assumir todos os seus pressupostos. Em que pese o prestígio ao princípio da reserva legal e o elogiável compromisso com a aproximação da autoria ao tipo penal, a teoria formal-objetiva não explica de forma satisfatória a coautoria – em que precisa se contentar, na identificação do autor, com a realização de apenas parte da ação típica – e menos ainda a autoria mediata – em que a ação típica, em regra, é praticada pelo instrumento irresponsável (Batista, 2020, p. 63-65).

De acordo com a teoria subjetiva, a distinção entre autor e partícipe está associada ao interesse na realização do fato principal. Assim, dizia-se que o autor quer o fato como próprio (atuava com *animus auctoris*), enquanto o partícipe quer o fato como alheio (atuava com

⁸¹ “Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes”.

⁸² “Infere-se da denúncia, portanto, que foi imputada ao acusado (e aos corréus), efetivamente, a conduta de efetuar disparos de arma de fogo na direção das vítimas. É dizer, ao contrário do alinhavado pelo Tribunal de origem, a tese acusatória relativa à autoria compreendeu o critério objetivo-formal, haja vista a descrição do paciente como um dos executores do núcleo do tipo previsto no art. 121 do Código Penal” (STJ, AgRg no HC 681835 / SC, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, DJe 20.03.2024).

animus socii). Tal teoria ganhou proeminência na jurisprudência alemã e nela ainda hoje é predominante (Cirino dos Santos, 2020, p. 358-359), ainda que não mais em sua versão extremada, sendo atualmente mitigada por critérios de caráter objetivo (Greco; Leite, 2014, p. 23-24). A principal crítica à teoria subjetiva é que seu critério pode conduzir ao reconhecimento da mera participação de agentes autorresponsáveis que executam de mão própria a ação típica, como ocorrido nos amplamente discutidos julgamentos do *caso da banheira*⁸³ e *caso Staschinskij*⁸⁴ (*Idem*).

Um critério material-objetivo procurou distinguir a autoria da participação com base na eficiência ou na relevância causal da contribuição de cada agente. Estabelecia-se a distinção a partir dos binômios causa e condição; causa necessária e causa desnecessária; causa adequada e causa inadequada; causa positiva e causa negativa etc. Tal critério, que encontra obstáculo intransponível em nosso artigo 13, que optou pela teoria da equivalência das condições, é ainda inadequado para explicar a autoria nos delitos em que a causalidade não tem maior potencial explicativo, como os crimes de mera conduta (Batista, 2020, p. 66). Também não se pode perder de vista que a participação nem sempre será causal – no sentido da *conditio sine qua non* – em relação ao resultado, sendo suficiente alguma eficiência favorecedora do delito (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 470).

A teoria do domínio fato, cuja origem remonta a Welzel e cujo desenvolvimento, em sua versão mais difundida, deve ser atribuído a Roxin (Cirino dos Santos, 2020, p. 359), parte do pressuposto de que o autor é a figura central do acontecimento típico (Greco; Leite, 2014, p. 24-25). Nos chamados delitos de domínio – que podem ser subdivididos em *domínio da ação*, *domínio da vontade* e *domínio funcional do fato* –, que correspondem aos crimes comuns comissivos dolosos (Greco; Leite, 2014, p. 25), essa centralidade se revela na capacidade de dominar a realização do fato típico, ou seja, de determinar o *se* e o *como* o fato típico ocorrerá, incluindo o poder, quando possível, de interrompê-lo (Batista, 2020, p. 69-70). Essa lógica não se aplica aos delitos de infração de dever e aos delitos de mão própria, em que a centralidade dependerá, respectivamente, da violação de um dever especial ou do elemento típico que exige a prática direta da conduta (Greco; Leite, 2014, p. 25).

⁸³ Uma mulher, logo após parir um filho ilegítimo, pediu à irmã que afogasse o bebê na banheira para ocultar a desonra. A mãe foi condenada como a autora e a irmã, que executou de mão própria o afogamento, como cúmplice (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 430-431).

⁸⁴ Um agente soviético, que matara dois exilados ucranianos por ordem do regime, foi condenado como cúmplice (o interesse nas mortes era do alto escalão do governo, não do agente que cumpriu a ordem). Cogita-se que este julgado pode ter sido influenciado por conveniências políticas, de modo a viabilizar uma permuta entre agentes capturados nos dois países (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 431).

Em linhas gerais, adotar-se-á a teoria do domínio do fato⁸⁵, por razões meramente pragmáticas: a necessidade de definir a autoria como um conceito prévio à participação e o amplo prestígio desta teoria na dogmática penal brasileira e estrangeira. Adotam-na, com diferenças pontuais, Batista⁸⁶ (2020, p. 69-73), Tavares⁸⁷ (2018, p. 493-498), Cirino dos Santos (2020, p. 360-361), Luís Greco (2014), Bitencourt (2020) e outros. Acolheremos, ainda, as soluções específicas para os delitos de mão própria e os delitos de dever – categoria em que incluiremos, além dos crimes próprios e dos crimes omissivos impróprios, também os delitos culposos, assim como Roxin nas primeiras edições de sua monografia (Greco; Leite, 2014, p. 34-35), tendo posteriormente suprimido este capítulo das demais e passando a admitir coautoria em crimes culposos, com o que discordamos.

2.3.1. Autoria direta como domínio da ação

A mais simples e intuitiva das formas de autoria, a autoria direta ou imediata se caracteriza pelo domínio da ação pelo agente, ou seja, pela realização direta de todos os elementos do tipo objetivo. Aduz Roxin (2014, p. 80), com razão, que não se pode dominar melhor um fato do que quando se executa-o de mão própria. Para o catedrático da Universidade de Munique, o §25 I do StGB⁸⁸, que define o autor como aquele que comete o delito por si próprio ou por meio de outrem, não permite nenhuma interpretação que não caracterize como autor aquele que realiza diretamente o fato típico – o que valeria até mesmo para aquele que realiza a ação típica sob coação ou em erro de proibição, que seria um autor exculpado, mas nem por isso deixaria de ser autor (*Ibid.*, p. 83). Ainda que o Código Penal

⁸⁵ A opção, neste estudo, se dá por razões eminentemente pragmáticas, de demarcação do que estará excluído do objeto da participação em sentido estrito. Não representa, contudo, compromisso com a referida teoria, de cujos fundamentos não estamos inteiramente convencidos. Temos grande dificuldade de acolher a sua vertente mais popular – o domínio de aparatos organizados de poder, que entendemos incompatível com o direito brasileiro, por razões que extrapolam os limites deste trabalho. Basta dizer, por ora, que não vemos respaldo para responsabilizar o “homem de trás” como autor ao mesmo tempo em que se reconhece que o “homem da frente” era plenamente responsável e agiu dolosamente. Ou o homem de trás detinha um controle tão intenso sobre a realização do fato que a responsabilidade do homem da frente deveria ser excluída (ou pelo menos atenuada, como no erro determinando por terceiro, que permite a punição a título culposos); ou o homem da frente tinha todas as possibilidades de determinar se e como o fato ocorreria, e nesse caso o homem de trás será somente instigador. Para uma contundente crítica à fundamentação da teoria do domínio do fato, Renzikowski (2017, p. 94-99).

⁸⁶ Sob a denominação “critério final-objetivo”.

⁸⁷ Suplementando-a com a teoria subjetiva limitada.

⁸⁸ “§ 25 Täterschaft

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht”. Em tradução livre: “É punido como autor, quem comete o delito por si próprio ou por outrem”.

brasileiro não contenha semelhante dispositivo, não é difícil concluir que o raciocínio é consequência dos próprios tipos penais e do significado cotidiano de ser autor de um fato. A autoria direta se aproxima, portanto, do critério formal-objetivo (Batista, 2020, p. 77) – a nota distintiva da teoria do domínio do fato é não pretender explicar todas as hipóteses de autoria segundo este critério, como o faz a teoria formal-objetiva.

Recordam Zaffaroni e Batista (2017, p. 440) que, pela dependência que guarda em relação aos tipos legais, a autoria pode ser limitada em determinados delitos, de acordo com elementos especiais de autoria requisitados pelo tipo. Assim, apenas a gestante pode ser autora direta do crime de auto abortamento (CP, art. 124) e apenas o funcionário público poderá ser autor direto do crime de prevaricação (CP, art. 319). A questão não passou ao largo de Roxin, que não aplica a tais casos o critério do domínio do fato, mas os resolve sob as categorias especiais de delitos de infração de dever e delitos de mão própria (Greco; Leite, 2014, p. 31-33).

2.3.2. Autoria mediata como domínio da vontade

Mesmo sem realizar diretamente os elementos do tipo penal, um agente pode ser autor mediato pelo domínio da vontade daquele que executa a ação típica, utilizando-o como um mero instrumento. Roxin (2014, p. 84) reconhece que aquele que instiga ou influencia na realização do delito, sem tomar parte na sua execução, será, em regra, instigador ou cúmplice, porque remanesce no executor direto o domínio do fato, ou seja, a possibilidade de decidir sobre a realização do fato e seu modo de execução. Contudo, há três grupos de casos em que Roxin (2014, p. 85) identifica uma supressão desse domínio pelo executor, que é convertido em mero instrumento pelo chamado “homem de trás”, que efetivamente tem o domínio do fato: (i) o domínio da vontade em virtude de coação; (ii) o domínio da vontade em virtude de erro; e (iii) o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.

O domínio pela coação ocorre quando o autor mediato constrange o autor imediato a realizar o fato criminoso, por meio de uma coação que, por sua natureza e intensidade, atenda aos requisitos de exclusão da culpabilidade do autor imediato pelo estado de necessidade exculpante – que, no direito alemão, exige um perigo para a vida, a integridade física ou a liberdade do coacto (StGB, §35). Não será, portanto, qualquer coação sobre o autor imediato que caracterizará autoria mediata. O critério adotado por Roxin (2014, p. 85-86) se funda no

que ele denomina princípio da responsabilidade, que significa que a coação deva ser de tal ordem que de fato exclua a responsabilidade do autor imediato, de acordo com os requisitos do estado de necessidade exculpante.

A coação não se esgota na ameaça ou constrangimento ao instrumento. Há coação, no sentido empregado por Roxin (2014, p. 87), também quando o autor mediato provoca o estado de necessidade exculpante, criando o perigo para que o instrumento seja compelido à prática do fato criminoso. Assim, se A cria uma situação de perigo para B, sabendo que este apenas poderia dela se salvar matando C, A seria autor mediato do homicídio de C, desde que atendidos os requisitos para que B fosse exculpado (*Idem*). Por outro lado, se o agente não criou o perigo, responderá como autor mediato apenas excepcionalmente, quando (i) condicionar a salvação do autor imediato à execução do delito, ou (ii) proporcionar ao autor imediato meios de salvação, anteriormente inexistentes, sabidamente às custas de outras pessoas que não criaram o perigo e que de outra forma se salvariam (*Idem*)⁸⁹. Desnecessário esclarecer que a coação de que aqui se cogita é de ordem moral, posto que na coação física absoluta o instrumento não pratica sequer ação em sentido jurídico penal – a ação é executada pelo coator e o coacto é instrumento em sentido literal.

A segunda forma de autoria mediata é o domínio da vontade em virtude de erro do autor imediato. Diferentemente da coação, o domínio aqui não é fundamentado pela força exercida sobre o instrumento, mas no conhecimento superior do autor mediato (*Ibid.*, p. 92). Roxin (2014, p. 91-111) identifica quatro grupos de casos: (i) quando o instrumento atua sem dolo, em erro de tipo ou erro de tipo permissivo; (ii) quando o instrumento atua em erro de proibição; (iii) quando o instrumento sabe que atua de forma antijurídica, mas erra sobre a existência de uma causa de exculpação; e (iv) quando o instrumento é plenamente responsável, mas erra sobre a magnitude da infração, sobre a presença de uma qualificadora ou sobre a identidade da vítima. Em todos os casos, o autor mediato deve ter determinado o erro no autor direto, ou pelo menos ter se aproveitado do erro que não determinou.

A última modalidade de autoria mediata seria o domínio de um aparato organizado de poder, certamente a mais conhecida e discutida ideia de Roxin no que diz respeito ao concurso de pessoas – a ponto de incorrerem alguns autores na metonímia de tomar esta única variante como o conteúdo total da teoria do domínio do fato, como bem elucidou Leite (2014, p.

⁸⁹ Um exemplo do primeiro caso seria a hipótese em que A, podendo salvar B, afirma que só irá fazê-lo caso ele mate C. O segundo caso poderia ser exemplificado quando A entrega uma dinamite a um mineiro parcialmente soterrado, com a qual ele poderá salvar-se, mas sabendo que inevitavelmente causará a morte ou a lesão de outros mineiros com a explosão. Em ambos os casos, A seria considerado autor mediato, ainda que não tenha sido o criador da situação exculpante.

138-145). A ideia reitora é de que aquele emite uma ordem, no âmbito de um aparato organizado de poder, que opera na clandestinidade, pode ter certeza de que a ordem será cumprida, sem se preocupar em recorrer à força ou ao engano, posto que a própria estrutura se encarregará de garantir a execução, com independência do autor imediato particular – isto é, é a fungibilidade do executor que garantiria ao homem de trás a execução do fato (Roxin, 2014, p. 111-112). Greco e Leite (2014, p. 28) sintetizam os requisitos para autoria mediata por domínio da organização como “a emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2), e a fungibilidade dos executores (3)”.

De acordo com Roxin (2014, p. 112-114), a ideia de domínio da organização passou a receber a atenção da jurisprudência, após ter sido ignorada por cerca de 25 anos, a partir de experiências de justiça de transição. Assim, a teoria foi empregada na Alemanha, no famoso caso dos atiradores do muro de Berlim; e na Argentina, em julgamentos de crimes praticados pela ditadura militar. Greco e Leite (2014, p. 35-36) recordam a sua utilização também no Peru, no julgamento do ex-Presidente Alberto Fujimori. A nível doutrinário, a proposta conquistou amplo prestígio na doutrina internacional e nacional – embora nem sempre, como já visto, a partir da correta compreensão de seus pressupostos. Talvez o mais comum desvirtuamento de seu delineamento original, cujas tentativas não param de se multiplicar⁹⁰, seja a utilização do domínio de organização para delitos praticados no âmbito de empresas e organizações licitamente constituídas – incidência desde sempre enfaticamente rechaçada por Roxin (2014, p. 121-125).

O direito brasileiro indubitavelmente abriga a autoria mediata. Se não há no Código Penal brasileiro uma regra como a do §25 do StGB, há dispositivos que estabelecem a impunidade do sujeito utilizado como instrumento, ou que expressamente dispõe sobre a punibilidade do homem de trás. Leciona Nilo Batista (2020, p. 135) que “o Código Penal brasileiro contempla explicitamente quatro casos de autoria mediata. São eles: 1. o caso de erro determinado por terceiro (art. 20, §2º); 2. o caso de coação irresistível (art. 22); 3. o caso de obediência hierárquica (art. 22); 4. o caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, inc. III)”.

⁹⁰ Apenas a título exemplificativo, pode-se mencionar a dissertação de Luciano (2017). Evitando a mera transposição da teoria e desenvolvendo um conceito de domínio por dependência econômico-estrutura, Santos (2015). Para um estudo sobre a utilização do domínio do fato na jurisprudência brasileira e sua associação com imputações genéricas nos crimes societários, Lóssó e Lobato (2023). Analisando a equivocada recepção da teoria no direito brasileiro e sua utilização na APn 470/STF, Greco e Leite (2015).

Não parece, todavia, que o direito penal brasileiro dê margem à aplicação de todas as hipóteses desenvolvidas por Roxin. No erro determinado por terceiro, a alocação topográfica do art. 22, §2º, CP, sugere a autoria mediata apenas nas hipóteses em que o instrumento atuar em erro de tipo essencial ou erro de tipo permissivo, mas não em erro de proibição. Além disso, todos os dispositivos mencionados acima têm em comum um instrumento irresponsável – ou que atua, no mínimo, sem dolo –, o que demonstra, a nosso sentir, que o legislador brasileiro não acolheu a autoria mediata em hipóteses de instrumento responsável que atua dolosamente. Essa compreensão afasta a aplicabilidade de alguns dos casos em que Roxin reconhece a autoria mediata em virtude de erro, bem como impossibilita a aplicação do domínio de organização no direito brasileiro⁹¹.

2.3.3. Coautoria como domínio funcional do fato

Convém desde logo esclarecer que o domínio funcional do fato nada tem a ver com o funcionalismo sistêmico adotado por Roxin; aqui, o vocábulo é empregado com o sentido de função, de domínio daquela parcela que coube a cada agente na divisão do trabalho para a consecução do delito (Roxin, 2014, p. 146). Para que exista coautoria, é necessário que mais de um agente contribua de uma forma essencial, em um nível tal que represente domínio sobre a realização ou não do fato global – caso contrário, estar-se-á diante de participação em sentido estrito, e não coautoria. Portanto, são três os requisitos identificados por Roxin (2014, p. 147): (i) a existência de um plano comum, sem o qual não se poderia falar em uma divisão de trabalho; (ii) uma execução conjunta, pois uma atuação apenas na fase preparatória deixaria a totalidade do domínio do fato para aquele que executa o crime; e (iii) que a contribuição na execução seja essencial à realização do fato, sem o que configuraria mera participação.

A exigência de um plano comum impede identificar a coautoria quando os concorrentes desconhecerem a contribuição um do outro, ou mesmo quando exista um

⁹¹ Trata-se de posição minoritária, cujo adequado desenvolvimento escaparia aos limites do presente trabalho. Para uma crítica à teoria do domínio do fato como um todo, mas, em particular, à autoria mediata quando o homem da frente é plenamente responsável, ver o estudo de Kindhäuser (2011, p. 48-49). Apontando a incongruência entre o domínio da vontade por coação, fundada na ideia de autorresponsabilidade, e o domínio de organização, que deve desprezá-la, o artigo de Renzikowski (2017, p. 97-98). Para um panorama geral das críticas ao domínio de organização, Ambos (1998, p. 26-29). Em sentido contrário, sobre o princípio da autorresponsabilidade, Schünemann (2013, p. 142-158). Na doutrina brasileira, questionando a aplicação do princípio da autorresponsabilidade, Greco (2014, p. 203-214).

simples aproveitamento da contribuição do outro agente, sem que haja prévio ajuste. Nesses casos, haverá, no limite, autoria colateral. Tampouco bastará uma colaboração ou atuação conjunta unilateral – que é suficiente para a participação, mas não para a coautoria. Não se exige, contudo, que o plano seja elaborado em conjunto; se um dos concorrentes apresenta um plano delitivo completo ao outro, que a ele adere, o requisito estará preenchido (Roxin, 2014, p. 147-148). Roxin (2014, p. 148-149) avalia, ainda, se o excesso de um dos concorrentes pode ser estendido aos demais – debate estéril no direito brasileiro, que regula expressamente a cooperação dolosamente distinta (CP, art. 29, §2º).

Por razões didáticas, cumpre tratar em conjunto os outros dois requisitos e inverter-lhes a ordem atribuída por Roxin. Exige-se que cada coautor aporte uma contribuição relevante para a realização do tipo penal. É expressão comum da coautoria, como consequência da própria ideia de divisão de trabalho, que cada concorrente realize, pessoalmente, apenas parte da ação incriminada – a “execução fracionada” a que alude Batista (2020, p. 104). Assim, se A aponta uma arma de fogo para a vítima V, enquanto B lhe subtrai a carteira, nem A, nem B praticaram, pessoalmente, todos os elementos do tipo penal de roubo (CP, art. 157). Sob um critério formal-objetivo, seríamos levados a afirmar que A praticou o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146) e B praticou o crime de furto (CP, art. 155). A responsabilização de A e B pelo crime de roubo depende que a cada um seja imputado também a conduta que não praticou – daí a ideia de imputações recíprocas (Greco; Teixeira, 2014, p. 58), que fundamenta a coautoria e tem como base o plano comum e a execução conjunta.

Se o que fundamenta a coautoria é a imputação recíproca dos fatos imprescindíveis à realização do tipo penal, não é difícil compreender o requisito segundo o qual cada coautor deve ter realizado uma parcela relevante da ação típica. Mas Roxin (2014, p. 157) vai além: mesmo ações não-típicas podem atingir o grau de relevância necessário à coautoria, o que ele exemplifica com a hipótese de que um sujeito segure outro para que seja esbofeteado. O raciocínio é compatível com a ideia de domínio do fato: aquele que segura a vítima pode deter tanto controle sobre a realização do fato típico quanto aquele que desfere o tapa (basta pensar em um caso em que a vítima seja consideravelmente mais forte do que o autor da bofetada, mas não do que aquele que a imobiliza).

Exige-se, por fim, que a contribuição relevante se dê na fase de execução do crime, sendo insuficiente para Roxin (*Ibid.*, p. 151) a contribuição relevante a nível de atos preparatórios. A conclusão, mais uma vez, é coerente com a ideia de domínio do fato: por mais relevante que seja a contribuição, aquele que deixa a execução completa do fato a cargo

de outro agente abre mão do domínio (*Idem*), ou seja, abre mão de poder determinar se e como o fato ocorrerá, que passará a depender exclusivamente do executor. A opinião, todavia, é minoritária, como registram Greco e Teixeira (2014, p. 58). A maior polêmica se refere à figura do organizador – na definição do nosso art. 62, inc. I, CP, aquele que “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”. A opinião majoritária sustenta que o organizador, ainda que não tome parte na execução, será coautor. Por todos, afirma Batista (2020, p. 106) que “sem sombra de dúvida, o organizador é co-autor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito”. Não obstante, é preferível a solução de Roxin, sobretudo pela coerência com o fundamento da autoria nos delitos de domínio, que não pode subsistir quando a integralidade da execução do crime, excluídos os casos de autoria mediata, esteja a cargo de um terceiro. Não há nenhuma incompatibilidade entre a agravante do art. 62, inc. I, CP, e a consideração de que o organizador eventualmente poderá ser partícipe. O organizador que também tomar parte na execução, será coautor e terá sua pena agravada em relação aos demais coautores; o que apenas organizar, sem tomar parte na execução, será partícipe e terá sua pena agravada em relação a eventuais outros partícipes. A solução contrária é que se afigura incongruente: não haverá como diferenciar o desvalor da conduta do organizador-planejador da do organizador-executor.

2.3.4. Autoria nos delitos de dever

Há determinados delitos em que a autoria não pode ser explicada pelo critério do domínio do fato, pois a sua realização está vinculada à infração de um dever especial pré-existente, de modo que autor será apenas aquele que é titular do dever violado, ainda que não tenha dominado a realização do fato (Greco; Teixeira, 2014, p. 61). Em uma formulação mais recente, incorporando algumas críticas de Schünemann⁹², Roxin (2016, p. 323) definirá

⁹² Foram dois os fundamentos de Schünemann aceitos por Roxin: o de que o dever que fundamenta a autoria não poderia sempre reconduzir-se a uma norma extrapenal, como formulara originalmente Roxin, e o de que o que efetivamente importa não é o dever em si mesmo, mas a estrutura social que gera o dever, de modo que o que fundamenta a sanção nos delitos de dever é a pretensão de garantir juridicamente a funcionalidade de certos âmbitos de vida (Roxin, 2016, p. 316-317). O pensamento de Schünemann, todavia, vai muito além destes fragmentos acolhidos por Roxin. Schünemann desenvolve um conceito de domínio sobre o fundamento do resultado, com o qual pretende fundamentar todas as formas de autoria – inclusive nos delitos culposos, nos delitos omissivos e nos delitos especiais – sob a ideia de domínio do fato. Em que pese a profundidade teórica dos argumentos e admirável tentativa de encontrar um fundamento comum a todas as formas de autoria, não parece possível ou recomendável tentar igualar, no princípio, situações fático-jurídicas substancialmente diferentes. Para compreensão do pensamento do autor, ver: SCHUNEMANN, Bernd. Dominio sobre el Fundamento del Resultado: Base Logico-Objetiva Comun para Todas las Formas de Autoria. *Derecho penal y*

os delitos de infração de dever como “aquellos tipos penales em los cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber que surge de su rol social, y de ese modo ocasiona una lesión típica de bienes jurídicos”. Os delitos de dever são constituídos, principalmente, pelos crimes próprios – aqueles em que o tipo penal requer do autor uma determinada qualidade, como a de funcionário público nos crimes praticados por funcionário público contra a administração – e pelos crimes omissivos impróprios – em que o autor, por força do art. 13, §2º, CP, ocupará uma posição de garantia em relação ao bem jurídico, que lhe impõe o dever de agir para evitar resultados lesivos (Greco; Leite, 2014, p. 33).

Argumenta Roxin (2014, p. 183-186) que tal ordem de ideias permite um resolver um difícil problema dogmático, que não se compatibilizava com a ideia de domínio do fato, que é a questão da utilização de um instrumento não qualificado – leia-se, que não possui a qualidade especial requisitada pelo tipo penal – e que atua dolosamente. Sob a ótica do domínio do fato, um sujeito que executa o fato típico, atuando responsável e dolosamente, em regra, é quem deterá o domínio. Não obstante, seria incongruente considerá-lo autor de um crime próprio sem que ostente a qualidade exigida pelo tipo. Nesse sentido, ao fundamentar a autoria na violação do dever, de forma independente do domínio do fato, pode-se melhor acomodar a autoria do sujeito qualificado e a simples participação do *extraneus*.

2.3.5. Autoria nos crimes de mão própria

São delitos de mão própria aqueles que só podem ser praticados por autoria direta, não admitindo coautoria ou autoria mediata (Roxin, 2014, p. 189). Roxin os subdivide em três classes, a saber: (i) os delitos de comportamento vinculado, em que injusto recai sobre determinados comportamentos, sem necessidade de lesão a qualquer bem jurídico – o exemplo de Roxin seria o incesto, tipificado no direito alemão; (ii) os delitos de direito penal de autor, em que se penalizam certos modos de condução de vida, como o crime de rufianismo (CP, art. 230); e (iii) os crimes de violação de um dever personalíssimo, grupo mais representativo na prática, que pode ser exemplificado com o delito de falso testemunho,

criminología, v. 25, p. 13-25, 2004; SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vorbemerkungen zu § 25. In: VERREL, Torsten. *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. 2, 2021.

do art. 342, CP. Nesses casos, autor será aquele que praticar, por si próprio, o verbo nuclear do tipo penal. (Greco; Leite, 2014, p. 34).

2.3.6. Autoria nos crimes culposos

Em sua formulação original, Roxin incluía os crimes culposos na categoria supramencionada dos delitos de dever – posição que viria a abandonar em suas publicações posteriores, em que não descarta em absoluto a possibilidade de coautoria em crime culposo (Greco; Leite, 2014, p. 34-35). Recorda Juarez Tavares (2018, p. 503) que essa mudança de orientação fica evidenciada na análise que faz Roxin de um polêmico caso ocorrido na Suíça. Dois operários, em resolução comum, se revezavam ao rolar grandiosas pedras na direção de um vale. Uma das pedras viria a atingir uma pessoa no vale, causando-lhe a morte. Não foi possível determinar, contudo, qual dos operários teria rolado a específica pedra que atingiu a vítima. Sendo incabível a coautoria em delito culposo, a única solução possível seria absolver ambos os operários, por não ser possível demonstrar quem efetivamente deu causa ao resultado – solução que Roxin (2014, p. 168) classifica como “altamente indesejada”. Roxin (2014, p. 168-169) menciona também os casos de decisão colegiada, em que é difícil afirmar a causalidade com base na teoria da *conditio*, e poderiam ser resolvidos pela ideia de realização conjunta.

Os exemplos acima referidos são representativos de um intenso debate acerca da possibilidade de coautoria, autoria mediata e participação nos crimes culposos, que acaba influenciado por diferenças normativas locais⁹³. No Brasil, o cenário não é diferente. Heleno Fragoso (1980, p. 258) admitia a coautoria nos crimes culposos, mas não a participação; Aníbal Bruno (1967, p. 277) admitia ambos, limitando o concurso apenas pela homogeneidade do elemento subjetivo; Juarez Cirino (2020, p. 368-373) rejeita a

⁹³ Na Alemanha, em que a definição legal da instigação (§26, StGB) e da cumplicidade (§27, StGB) expressamente exige atuação dolosa (*vorsätzlich*) tanto do partícipe quanto do autor, em geral discute-se apenas a possibilidade de coautoria – Roxin, por exemplo, ao tempo que admite a coautoria em delitos imprudentes, na participação exige que o fato principal seja doloso (2014, p. 205-206). Há, todavia, autores, como Renzikowski (2017, p. 78), que argumentam em favor de um conceito restritivo de autor também para os delitos culposos como forma de limitar a abrangência da punibilidade da participação. Na Itália, o art. 113 do Código Penal prevê expressamente o concurso de pessoas em crime culposo (*cooperazione nel delitto colposo*), pelo que Mantovani (2015, p. 522-523) afirma ser possível distinguir na lei penal, pacificamente, concurso doloso em crime doloso e concurso culposos em crime culposo, e, menos pacificamente, os casos de falta de homogeneidade no elemento subjetivo. Na Espanha, onde inexiste previsão legal clara, a opinião predominante é pela possibilidade de coautoria e de participação nos crimes culposos (Mir Puig, 2006, p. 400).

possibilidade de coautoria e participação. Nilo Batista (2020, p. 79-84) insere os crimes culposos entre os delitos de dever e os examina a partir de um conceito extensivo de autor, que seria imposto pela fórmula causalista do art. 18, inc. II, CP (“deu causa ao resultado”), ainda que atenuado pelo requisito típico do descumprimento do dever objetivo de cuidado. Souza Santos (2005) admite a possibilidade de coautoria nos delitos culposos, desde que presentes os seguintes requisitos: (i) um acordo comum para a realização de um fato da vida, expressado objetivamente por atos comunicativos externos; (ii) a criação de um risco juridicamente desaprovado, em função desse acordo comum; (iii) que incremente o risco em comparação com o comportamento conforme ao risco permitido; (iv) que se realize em um resultado típico que esteja abrangido pelo fim de proteção da norma extrapenal violada. O levantamento de Ayrosa (2023, p. 127-144) demonstra a tendência predominante em favor da coautoria nos crimes culposos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo em que evidencia a fragilidade de seus fundamentos.

Entre nós, Juarez Tavares foi quem melhor tratou do tema. Tavares (2018, p. 499-500) explica que, nos delitos culposos, a tipicidade se verifica pela consideração de duas normas de natureza distintas – uma norma de cuidado e uma norma de proibição. Assim, cabe verificar, em primeiro lugar, se o agente praticou uma ação perigosa; em segundo lugar, se a ação foi praticada em contrariedade a uma norma de cuidado exigível daquela atividade; e, por fim, se a execução descuidada se realizou no resultado proibido. Assim, os crimes culposos são mais bem compreendidos enquanto subespécies dos delitos de dever, porque não é qualquer causação não intencional de um resultado proibido que preenche o tipo objetivo culposo, mas apenas aquela que se dá como materialização do *descumprimento de um dever objetivo de cuidado* na execução de uma atividade perigosa.

Roxin tinha razão, portanto, em sua construção original: os delitos culposos devem ser compreendidos como delitos de dever, pois se a tipicidade culposa pressupõe a causação de um resultado lesivo pela violação de um dever objetivo de cuidado, somente poderá ser autor quem, em primeiro lugar, for titular deste dever. Isso não equivale a dizer que qualquer conduta de instigação ou cumplicidade representará autoria; nem, tampouco, que necessariamente será impunível. Caberá, em cada caso, formular estas três perguntas essenciais: (i) o sujeito, diante da situação concreta, estava submetido a um dever objetivo de cuidado? (ii) o sujeito violou este dever, agindo de forma descuidada? e (iii) o resultado lesivo se materializou na ação descuidada do sujeito?

Assim, no conhecido exemplo do carona que instiga o motorista a dirigir em alta velocidade, não se pode falar em autoria porque o dever de cuidado na direção de veículos

automotores incumbe, em princípio, apenas ao condutor. Como acertadamente aduz Tavares (2018, p. 509), “argumentar-se que o carona também está submetido a uma norma de cuidado relacionada à direção do veículo é um completo absurdo, porque conduziria a criar normas de cuidado pelo simples fato de se viver em comunidade”. A não ser que se pretenda argumentar em favor da existência de um dever de cuidado generalizado, que recai sobre todos os cidadãos, independentemente do exercício de uma atividade perigosa ou de suas possibilidades de controle de tal atividade – o que revelaria uma tendência deveras autoritária, em nossa opinião –, o dever de cuidado incumbe a quem executa uma atividade perigosa; ao descumpri-lo e causar lesões típicas a bem jurídicos, será sempre autor. Quando mais de um sujeito violar o seu pessoal dever de cuidado, contribuindo causalmente para o resultado, a hipótese será de autoria colateral (Batista, 2020, p. 41).

Em recente artigo, Marteleto Filho (2022, p. 85-109) busca fundamentar a coautoria em crimes culposos a partir da mesma estrutura dos crimes dolosos, ou seja, a ideia de imputação recíproca, diferindo apenas no ponto em que, nos delitos imprudentes, o plano de ação comum se refere à violação de um dever objetivo de cuidado, e não ao resultado (que não é desejado). Apesar do refino de sua argumentação para descartar um conceito extensivo de autor no que diz respeito à autoria, percebe-se que a verdadeira preocupação do articulista é colmatar lacunas de punibilidade, o que fica evidente a partir dos casos (hipotéticos e reais) desenvolvidos no texto. A construção parte de um caso hipotético – que não é senão uma variação do caso suíço mencionado no início deste tópico – em que dois operários, precisando desocupar a cobertura de um edifício, arremessam, alternadamente, pesadas vigas em direção à rua, em um horário de pouco movimento de pedestres. Não obstante, uma pessoa é atingida e morre, sem que seja possível determinar quem arremessou a viga que o atingiu. Marteleto Filho (2022, p. 97) enxerga na imputação recíproca, a partir da realização de um projeto comum criador do risco, a melhor forma de solucionar o caso em favor de uma coautoria imprudente.

Pensemos em uma variante deste mesmo exemplo. Suponhamos que, no total, dez operários trabalhassem na empreitada na cobertura do edifício. Pela grande quantidade de vigas a serem descartadas, os operários se dividiam em turnos, em que a cada turno dois operários se dedicavam ao descarte das vigas, enquanto os demais realizavam outras atividades ou descansavam. Na mesma tônica do exemplo original, não foi possível determinar qual operário lançou a viga que causou a morte do pedestre; em nossa variante, contudo, não foi sequer possível determinar quais operários se ocupavam do descarte das vigas naquele turno. Todos os trabalhadores concordaram com o procedimento e, ao tempo do

fatídico acidente, todos já haviam, em algum momento, atirado alguma viga na calçada. Cabe questionar: imputaremos o homicídio culposo, em coautoria, a todos os dez operários? Mesmo ao operário que, no momento do fato, pintava as paredes de um cômodo interno, sem o menor conhecimento do que se passava do lado de fora? Mesmo ao operário que usufruía de seu horário de almoço quando o fato ocorreu? Ou àquele que aproveitou um respiro para utilizar o banheiro? Ou ao que faltou ao trabalho nesse dia porque estava doente? A chamada autoria incerta é antes um problema probatório; a pretensão de manipular a dogmática penal para suprir um déficit probatório, além de metodologicamente questionável, parte de uma *petitio principii* – a de que uma solução absolutória seria indesejável, sem que isso tenha sido devidamente fundamentado. Parece-nos, portanto, que não é possível a coautoria em crime culposo, sendo admissível a autoria colateral quando mais de um agente causar o resultado, violando pessoalmente um dever objetivo de cuidado a que estava submetido.

2.4. Princípio da acessoriedade

Tangencia o truísmo afirmar que não é possível contribuir ao injusto alheio sem a prática de um injusto alheio. Daí porque Carrara (1889, p. 237) já referia a um delinquente principal (o autor) e um delinquente acessório (o cúmplice *lato sensu*), registrando a impossibilidade de punição do partícipe sem o início da execução do delito, “pues falta el *hecho principal* para fundar la imputación, y no se puede, sin falta de lógica, hablar de *complicidad*, es decir, del *accesorio* de lo que *no existe*” (*Ibid.*, p. 272). O princípio da acessoriedade, positivado no art. 31, CP, estabelece uma relação de dependência da instigação e da cumplicidade em relação ao fato principal. A participação só será punível, em qualquer de suas formas, se o fato principal for ao menos tentado, ou seja, se tiver princípio de execução – excetuada, por óbvio, a tentativa inidônea. A participação em delito tentado é punível, mas não a tentativa de participação, isto é, a instigação ou o auxílio sem que o autor, mesmo que por motivos alheios à vontade do partícipe, inicie a execução do fato principal.

Sobre a natureza e os limites de tal acessoriedade, é possível distinguir quatro teorias: (i) a acessoriedade mínima, segundo a qual bastaria que o fato principal fosse típico para que a participação fosse punível; (ii) a acessoriedade limitada, que exige que o fato principal seja típico e antijurídico; (iii) a acessoriedade máxima, que propugna que a conduta do autor deverá ser típica, antijurídica e culpável; e (iv) a hiperacessoriedade, cujos defensores fazem

depende a punição do partícipe até mesmo da punibilidade do fato principal (Zaffaroni; Batista, 2017, p. 465). A doutrina majoritária⁹⁴ aponta, com razão, para a adoção de uma acessoriedade limitada no direito brasileiro. Nilo Batista é quem melhor fundamenta a opção⁹⁵, ao recordar que o vocábulo “crime”, para o Código Penal brasileiro, costuma referir-se a fato típico e antijurídico; o legislador, quando quer excluir a culpabilidade, refere-se à isenção de pena. Quando os dispositivos que versam sobre o concurso de pessoas utilizam o termo “crime”, portanto, referem-se a fato típico e antijurídico, de modo que a acessoriedade limitada é a única compatível com a sistemática do código. Significa dizer, portanto, que para que a participação seja punível, o fato principal deverá ser típico e antijurídico, não sendo imprescindível que seja culpável ou punível – a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal (CP, art. 30) permite deduzir diversas situações em que o partícipe será punível quando o autor não o for, como no furto contra ascendente (CP, arts. 155 c/c 181, inc. II). É importante ter em mente, todavia, que a instigação de inimputável, de pessoa que atua em erro ou sob coação moral absoluta, constituirá, em regra, hipótese de autoria mediata.

2.5. Participação criminal em sentido estrito: instigação e cumplicidade

Em função de seu caráter acessório, a participação criminal é subsidiária em relação à autoria- o partícipe é quem responde pelo crime, sem ser autor (Zaffaroni, Batista, 2017, p. 463). Isto é, mesmo que uma determinada conduta reúna as características de um ato típico de participação, não poderá ser assim considerada se, no contexto em que o fato ocorreu, a mesma conduta preencher os pressupostos de uma das formas de autoria enunciadas acima. Isso ocorre, principalmente, nos casos em que o auxílio ou a instigação constituem crime por

⁹⁴ Assim, Cirino dos Santos (2020, p. 373), Bruno (1967, p. 271), Batista (2020, p. 165), Cagliari (1999, p. 59), Nucci (2020). Em favor de uma acessoriedade mínima, Regis Prado (2019).

⁹⁵ “Apesar da indisciplina terminológica do legislador, é possível apurar-se o que significa “crime” para ele. Na teoria esposada pelo reformador de 1984, buscou ele extremar as causas de justificação, excludentes da ilicitude (empregando a expressão “não há crime” – cf. art. 23) e as eximentes, supressoras da culpabilidade (empregando a expressão “isenção ou isento de pena” – cf. arts. 21 a 26). Sem embargo do aprimoramento teórico da reforma de 1984, neste particular a conclusão é a mesma que se poderia extrair do texto de 1940: a *vox crime*, no código penal brasileiro, significa conduta típica e antijurídica. Está excluída, portanto, a acessoriedade mínima; como a regra do art. 30, que será oportunamente examinada, exclui a hiperacessoriedade, resta-nos decidir entre a limitada e a máxima. O reiterado emprego da expressão *crime* na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma *acessoriedade limitada*”. (Batista, 2020, p. 165)

si só, como no induzimento ao suicídio (CP, art. 122). Mas ocorrerá também sempre que, no contexto específico em que o crime ocorreu, a conduta represente o domínio do fato, ou quem a pratica seja titular do dever especial violado.

Não se enquadrando a conduta em uma das modalidades de autoria, será sempre útil distinguir as distintas formas de intervenção no injusto alheio, ainda que o Código Penal vigente não tenha demonstrado uma preocupação tão premente em fazê-lo, pois, como registrou Aníbal Bruno (1967, p. 263-264), trata-se de realidades inconfundíveis entre si, cuja distinção não pode ser desconhecida pelo direito penal. Não há, porém, unanimidade na doutrina no que diz respeito à classificação das formas de participação – indeterminação que deriva justamente da economia da nossa lei penal no tratamento da matéria. O legislador, no art. 31 CP, cuidou expressamente do ajuste, da determinação ou instigação e do auxílio. O art. 62 CP, que institui as agravantes do concurso de pessoas, refere a outras figuras, como quem “promove ou organiza”.

Não obstante a imprecisão terminológica, parece prevalecer uma tendência, possivelmente tributária do direito comparado (como o Código Penal alemão, por exemplo), a agrupar as diversas formas sob as rubricas da instigação e da cumplicidade. Assim o fazem Batista (2020, p. 157), Fragoso (1980, p. 260), Cirino dos Santos (2020, p. 374), Vargas Ramos (1996, p. 74), entre outros. Uma doutrina mais tradicional costuma distinguir ainda o conselho, o mandato, a execução, a promessa etc. (por todos, Ferraz, 1976, p. 171; Leiria, 1974, p. 169). O art. 31, CP, dispõe que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Camargo (2018, p. 225-228) argumenta que o legislador poderia ter estabelecido de maneira genérica que a participação sempre depende do início da execução do crime. Optou, contudo, por elencar estas específicas espécies, o que revela uma decisão por limitar, dentre as infinitas formas de se contribuir causalmente para o resultado, aquelas que estão sujeitas à sanção penal. Interpretar de forma diversa conduziria à absurda constatação de que existem formas de participação que não estão sujeitas à regra da acessoriedade – afinal, o art. 31 só condiciona a tipicidade ao início da execução nos casos de ajuste, determinação ou instigação e auxílio. Tal interpretação não seria razoável, nem de uma perspectiva histórica – já vimos que a acessoriedade sempre foi um princípio vigente para todas as formas de participação no direito brasileiro –, nem de uma perspectiva sistemática, pois se nem mesmo o autor pode ser responsabilizado quando não há princípio de execução, não há fundamento idôneo para justificar que alguma espécie de participação o seja, e muito menos para diferenciar o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio de outras possíveis modalidades

de participação. É mais coerente, portanto, a interpretação segundo o qual o art. 31 estabelece, a *contrario sensu*, um rol taxativo de formas de intervenção no delito alheio, e que as demais figuras mencionadas no Código Penal (por exemplo, as figuras mencionadas no art. 62, CP) devem ser subsumidas a uma destas espécies.

Parece-nos, assim, que é possível reunir na instigação e na cumplicidade todos os caracteres relevantes das formas de participação, sobretudo na fórmula segundo a qual a instigação corresponde à influência sobre a decisão do autor em favor do crime e a cumplicidade se refere à contribuição para a execução da ação delitiva (Camargo, 2018, p. 298). A instigação engloba tanto os casos de determinação ou indução, em que o partícipe faz nascer no autor principal a ideia de praticar o crime – seja mediante provocação, promessa de pagamento, conselho etc. (Fragoso, 1980, p. 262); quanto os de instigação em sentido estrito ou reforço, na qual o partícipe confirma ou robustece no autor principal a resolução pela prática do delito (Magalhães Noronha, 1973, p. 208). A instigação deve se dirigir a um sujeito e um fato determinado (Batista, 2020, p. 182-183). Não se admite como instigação, portanto, a excitação de um número indeterminado de pessoas, nem uma que se refira a fato incerto (p. ex., que insufla a prática de uma classe de delitos). A doutrina costuma exigir da instigação certa eficácia para influenciar a motivação do autor – o que não ocorrerá, em regra, quando ele já estiver previamente decidido sobre a execução do delito (Zaffaroni, Batista, 2017, p. 488-489).

À cumplicidade correspondem as contribuições que influenciam sobre a forma de execução do delito, seja pelo auxílio material – fornecimento de armas ou instrumentos para favorecer o crime, prestações pessoais que não configuram autoria –, seja pelo auxílio técnico – fornecimento de instruções que melhorem as possibilidades de realização do delito (Hungria, 1958, p. 412). Há autores, como Batista (2020, p. 157), que argumentam em favor de uma cumplicidade restrita aos atos de auxílio material, relegando para a instigação tudo aquilo que o autor denomina “contribuições espirituais” – na qual se inseriria o auxílio técnico. A classificação não nos parece adequada nem em face do sentido histórico de cumplicidade no direito brasileiro – o CP 1890 distinguia formas de cumplicidade psíquicas –, nem em face do significado cotidiano da locução instigação, muito mais associada ao *se* do que ao *como* um fato será realizado.

Por muito tempo predominou no direito brasileiro a noção de que a cumplicidade seria limitada apenas em função da causalidade, isto é, toda e qualquer contribuição causal para o resultado preencheria o tipo objetivo da cumplicidade. Variações deste raciocínio podem ser encontradas em Mestieri (1971, p. 250-251), Ferraz (1976, p.56-57) e, ainda hoje, em Cirino

dos Santos (2020, p. 379). Entretanto, como bem percebeu Batista (2020, p. 44-45), “concorrer não é sinônimo perfeito de ‘*concausar*’”. Auxiliar a realização do injusto alheio, portanto, precisa ter um significado mais restrito, que represente o sentido social e linguístico atribuído ao auxílio, enquanto melhora nas possibilidades ou nos meios de realização de um fato. Pensamos, com Camargo (2020, p. 107), que na construção de um conceito de auxílio que supere o paradigma causal está a chave para solucionar os problemas investigados sob o conceito de ações neutras.

2.6. O elemento subjetivo da participação

Há pelo menos três questões relevantes a serem analisadas acerca do elemento subjetivo na participação: (i) qual deverá ser o elemento subjetivo do partícipe; (ii) qual deverá ser o elemento subjetivo do autor do fato principal; e (iii) qual é o objeto de referência do elemento subjetivo do partícipe. Responder a estas três perguntas é essencial não apenas para compreender o fenômeno da participação criminal, como para solucionar uma parcela dos casos geralmente inseridos no debate sobre as ações neutras, como se verá oportunamente.

Não há grande controvérsia, ao menos no direito brasileiro, com relação à primeira questão. É absolutamente predominante a concepção segundo a qual a participação deve ser necessariamente dolosa. Assim, Fragoso (1980, p. 191) exigia a vontade livre e consciente de participar no delito alheio. Batista (2020, p. 158) argumenta que “a participação é conduta essencialmente dolosa”. Também Cirino dos Santos (2020, p. 372) definirá a participação como contribuição acessória dolosa. Lobato (2009, p. 26) anotara que o “elemento subjetivo do partícipe é o dolo”. A conclusão é coerente com o art. 18, parágrafo único, CP, que estabelece a excepcionalidade da punição a título culposo e a obrigatoriedade de expressa disposição legal. O art. 29, CP – norma de extensão da tipicidade que fundamenta a punição do partícipe – é insuficiente para fundamentar a punição da participação a título culposo, por falta de previsão expressa; seria necessária, portanto, a existência de uma norma específica que estabelecesse o concurso culposo, o que inexistente em nosso ordenamento jurídico.

A segunda questão colocada já não comporta uma resposta tão unânime, embora a opinião majoritária seja no sentido de que também o fato principal deverá ser doloso. Juarez Tavares (2018, p. 508), após inserir os crimes culposos na categoria dos delitos de dever,

esclarece que “será também inadmissível uma participação na hipótese de delitos de dever”. Nilo Batista (2020, p. 159) explica que a participação deve se dirigir a fato também doloso, posto que uma participação dolosa dirigida a um delito culposo representaria, na verdade, autoria mediata, enquanto uma participação culposa poderia remeter apenas à autoria colateral. Não se exige, todavia, acordo ou ajuste prévio entre partícipe e autor; este último pode, inclusive, desconhecer ou até mesmo rejeitar o auxílio do partícipe, sem que isso descaracterize a participação. Nas palavras de Aníbal Bruno (1967, p. 262), a consciência de que colabora em um crime praticado em concurso de pessoas pode faltar ao autor, mas no partícipe ela precisa existir.

Resta determinar a que se refere o dolo do partícipe – se ao resultado típico, ou seja, à realização (início de execução) do fato principal; ou apenas à colaboração na ação de outrem. Não há dúvida de que o dolo do autor deve estar direcionado à realização do fato principal. Com relação ao partícipe, todavia, essa discussão foi travada especialmente em vista da figura do agente provocador. Aníbal Bruno (1967, p. 276) argumentava que ao agente provocador falta o dolo de instigação, pois seu intuito não é de que o fato se realizasse, mas que fosse apenas ensaiado, sem atingir consumação. Na mesma linha, Cirino dos Santos (2020, p. 375) defende que o objetivo do instigador é a consumação do tipo de injusto, de modo que o agente provocador, que quer apenas a tentativa, será impunível. Mas não limita a sua compreensão a essa figura. Ao tratar do dolo do cúmplice, o autor identifica um duplo objeto: um objeto imediato, consistente na própria ação de auxílio ao autor principal; e um objeto mediato, que é a realização do fato principal pelo autor⁹⁶.

A essa concepção se opõe Lobato (2009, p. 27-28) que compreende que “o dolo do instigador será bastante se direcionado à atuação do autor, não necessitando, assim, que se dirija também à concretização do resultado”. O autor adota a mesma compreensão para o dolo do cúmplice, para o qual seria suficiente “que ele seja dirigido a auxiliar materialmente o autor do fato” (*Idem*). E ilustra seu raciocínio com um caso hipotético em que um sujeito pede a seu vizinho um revólver emprestado com a finalidade de matar o amante de sua mulher, que acabou de flagrar com ela em sua cama. O vizinho tenta dissuadir o autor do plano e definitivamente não deseja o resultado, mas acaba fornecendo a arma razão de sua antiga amizade com ele, pois não quer perder sua confiança. Lobato argumenta que, nesse caso, é

⁹⁶ “Assim como o dolo do instigador, o dolo do cúmplice caracteriza-se por um duplo objeto: o objeto imediato é a própria ação de ajuda ao autor, o objeto mediato é a realização do fato principal doloso pelo autor. Nesse sentido, tem por objetivo a consumação do fato principal – não, apenas, a tentativa – e precisa ser concreto, referindo-se a autor determinado e fato determinado (exceto detalhes, também deixados por conta do autor)”. (Cirino dos Santos, 2020, p. 379-380)

inegável que a pessoa que forneceu a arma não desejava o resultado, porém quis, conscientemente, fornecer auxílio à conduta do autor principal e, no mínimo, assumiu o risco de ocorrência do resultado, motivo pelo qual deve ser imputado como cúmplice (*Ibid.*, p. 28-29). Podemos concordar com a conclusão de Lobato, mas não com seus fundamentos. Quando afirma, ao final, que o vizinho teria assumido o risco da ocorrência do evento, Lobato deixa transparecer o *dolo eventual* em relação ao resultado. O exemplo escolhido, portanto, nada pode esclarecer sobre o objeto de referência do dolo; no máximo, serve para demonstrar que o dolo eventual será suficiente. Mas o caso-problema, ainda que inapto a solucionar o que se propôs, coloca um efetivo e difícil problema de participação criminal: como determinar o conteúdo do dolo eventual na participação. Essa questão será melhor explorada no capítulo final do presente estudo.

Por ora, basta afirmar que, no direito brasileiro, o dolo necessariamente terá por objeto de referência o resultado típico, por expressa disposição do art. 18, inc. I, CP. É evidente que este resultado não pode ser tomado em sentido naturalístico, senão não seria possível imputar o dolo nos crimes de mera conduta; o resultado, nessa acepção, deve ser tomado em sentido jurídico, como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (Tavares, 2020, p. 214). Compreendido dessa forma, o resultado compreende também a tentativa, posto que desde a tentativa já há perigo de lesão ao bem jurídico. O partícipe, tanto na instigação quanto na cumplicidade, deve atuar com dolo, seja ele direto ou eventual, direcionado à realização do fato principal – isto é, precisa agir com consciência do plano do autor principal e vontade de que este plano tenha ao menos início de execução (seja vontade direta, seja mera anuência ou conformação).

3. O DEBATE SOBRE A CUMPLICIDADE POR MEIO DE AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO BRASILEIRO

Embora já não mais se possa referir ao problema das ações neutras como um tema recente em teoria do delito, tampouco se pode dizer que se trate de conceito tradicional em matéria de concurso de pessoas (pelo menos com essa terminologia). Wohlleben (1996, p. 4) recorda que o termo “ações externamente neutras” (*äußerlich neutrale Handlungen*) foi empregado em acórdão do BGH, de 1985, para classificar as ações de empregados de uma empresa que contribuíram em um delito de sonegação fiscal, marco esse adotado por Lobato

(2009, p. 11) como o início das discussões dogmáticas sobre o tema. Greco (2004, p. 20-21) aponta que, embora o problema já fosse mencionado *en passant* no âmbito das teorias clássicas, foi somente a partir da década de 1990 que o tema passou a ser tratado de forma autônoma e com certa centralidade na dogmática penal. No Brasil, o debate é ainda mais recente. Os já mencionados estudos de Greco (2004) e de Lobato (2009) apresentaram o tema ao penalismo brasileiro e pavimentaram o caminho que seria seguido pelos posteriores trabalhos de Rassi (2014), Rossetto (2021), Brener (2021) e outros.

Mesmo sendo relativamente recente, o assunto foi objeto de tamanha atenção (sobretudo no cenário internacional) que seria impossível, a essa altura, esgotar as múltiplas abordagens teóricas que o tema recebeu. Entre os autores brasileiros, há uma tendência de subdividir tais teorias em: (i) clássicas ou principiológicas, dentre as quais se incluem as tentativas de solucionar o problema das ações neutras a partir de princípios de direito penal, como o princípio da adequação social⁹⁷, o princípio da proibição de regresso⁹⁸ ou o princípio da confiança⁹⁹; (ii) teorias objetivas – leia-se, teorias que encaram o problema como uma

⁹⁷ Para Welzel (2004, p. 84-89), os tipos penais tinham uma dimensão histórica e social, na medida em que expressavam as condutas que importavam em violações graves da ordenação histórica da vida social. Nessa linha de raciocínio, seriam atípicas as condutas que se mantivessem dentro dos limites do comportamento socialmente adequado, ainda que viessem a lesionar bens jurídicos de terceiros. Ele esclarece que as condutas socialmente adequadas não são necessariamente condutas exemplares, mas aquelas que apenas se mantêm dentro dos limites da liberdade social de ação. Sem se debruçar especificamente sobre ações neutras – terminologia que, como vimos, surgiria apenas após o seu falecimento –, o autor toca em questões intrinsecamente relacionadas ao tema, por exemplo, quando inclui entre as ações socialmente adequadas os negócios que se mantêm dentro dos limites regulares de seu exercício, ainda que resultem prejudiciais. Todavia, Welzel reconhece que a definição dos limites do que é socialmente adequado não é uma tarefa fácil – e aí, talvez, resida o maior ponto fraco de sua teoria.

⁹⁸ Originalmente desenvolvido por Frank como uma limitação da causalidade pela fórmula da *conditio sine qua non*, o princípio da proibição de regresso, em síntese, vedava o retrocesso para além de uma condição para o resultado que pudesse ser qualificada como livre (Hruschka, 2000). Assim, o ato sexual que resultou na concepção de um homicida não poderia ser considerado causa dos homicídios que viriam a ser praticados, ainda que, caso suprimido mentalmente, também o resultado desapareceria – o que seria suficiente para afirmar a causalidade pela teoria da *conditio*. O princípio da proibição de regresso receberia diferentes roupagens ao longo dos anos, convertendo-se de critério limitador da causalidade em critério de imputação objetiva. Uma de suas variações será abordada em tópico próprio deste estudo.

⁹⁹ Inicialmente desenvolvido no âmbito dos delitos de trânsito, leciona Roxin (1997, p. 1004-1008) que o princípio da confiança estabelece que aquele que se comporta conforme ao dever pode contar que os outros também o farão – ou seja, não precisa contar com o comportamento antijurídico de terceiros. Sua aplicação implica na negação da criação ou incremento de um risco de não permitido. Assim, o sujeito que tem a preferência em um cruzamento não está obrigado a parar ou reduzir a velocidade pelo risco de que outros motoristas não respeitem o direito de preferência. Rapidamente, porém, o princípio teve sua incidência expandida para além dos delitos de trânsito. Também nas atividades desempenhadas com divisão de trabalho o princípio da confiança exerce importante função limitativa, pois aquele que desempenha licitamente a sua atribuição não pode ser responsabilizado, a princípio, pelo comportamento antijurídico de outra pessoa. É o caso, por exemplo, de cirurgias realizadas por equipes médicas interdisciplinares; o cirurgião, em regra, poderá exercer a sua função contando que o anestesista realizou corretamente a sua atribuição. Por fim, o princípio da confiança também é lembrado no que diz respeito à contribuição a delitos dolosos de terceiros. É nesta vertente que o princípio mais se aproxima do debate sobre as ações neutras. Em geral, ninguém está obrigado a contar que os outros cometerão delitos; uma tal amplitude da participação criminal inviabilizaria atividades básicas da vida cotidiana, como a venda de ferramentas e utensílios afiados. Todavia, Roxin (1997, p. 1007-1008) argumenta que o agente não poderá invocar o princípio da confiança quando a conduta fomentar a possível inclinação ou

questão exclusivamente de tipicidade objetiva –, dentre as quais se destacam a teoria dos papéis em Jakobs (1996, p. 74-90)¹⁰⁰, a ideia de adequação profissional em Hassemer (1995)¹⁰¹, os critérios quantitativos de Thomas Weigend (1998, p. 197-212)¹⁰², entre outras;

propensão ao fato delitivo de um potencial autor doloso. Nesse ponto, Greco (2004, p. 29) corretamente afirma que “aplicar o princípio da confiança aos casos de ações neutras significaria considerá-las proibidas em sua quase totalidade”, tendo em vista que em tais casos quase sempre há no partícipe a certeza ou pelo menos a suspeita de que a sua contribuição será aproveitada pelo autor principal para a prática de um crime.

¹⁰⁰ Jakobs (1995, p. 44-47) soluciona o problema das ações neutras no marco de seu sistema de direito penal, no qual a essência do delito é a frustração de uma expectativa normativa pela violação de um papel atribuído ao agente. Para Jakobs (1996, p. 81), não basta a realização de um comportamento evitável para que o resultado seja imputado ao partícipe; antes, é necessário que faça parte do papel social de quem atua em primeiro lugar velar pelo comportamento de quem atua em seguida – em termos mais simples, o partícipe precisa ter o dever de assegurar que sua contribuição não seja utilizada para uma finalidade delitiva pelo autor principal. Jakobs (1996, p. 81-89) distingue quatro grupos de casos, em que o partícipe não teria responsabilidade penal nos dois primeiros, mas sim nos dois últimos: (i) no primeiro cenário, não há nada em comum entre o partícipe e o autor principal, que apenas se aproveita de uma conduta inócua do primeiro para praticar o crime. Jakobs exemplifica com um caso hipotético em que um terrorista se valha do prosseguimento de um processo contra um correligionário como pretexto para assassinar o Ministro da Justiça. Nesse caso, o homicídio só pode ser imputado ao terrorista, e não aos juízes que deram prosseguimento ao processo; (ii) no segundo grupo, há algo em comum entre o partícipe e o autor principal, mas este algo se limita a uma prestação que pode ser obtida facilmente em qualquer lugar e que não implica em nenhum perigo especial, ainda que o autor principal faça uso justamente desta contribuição para praticar o delito. Nesse grupo, Jakobs inclui os negócios da vida cotidiana, como o fornecimento de bens, serviços ou informações. Por ele se resolveriam os casos do padeiro que vende o pão que será envenenado pelo autor principal, ou do vendedor da faca que será utilizada como instrumento fatal em uma briga; (iii) no terceiro grupo, Jakobs inclui as prestações que são perigosas em si e que, portanto, carregam inerente potencial de aproveitamento delitivo, pelo que tornam o partícipe responsável pelo seu aproveitamento delitivo posterior. O fornecimento de armas ou substâncias de circulação restrita a pessoas sem licença ou autorização (ou até mesmo a custódia descuidada de tais bens) são alguns dos exemplos mencionados pelo autor; (iv) no último grupo, Jakobs insere os casos normais de instigação ou cumplicidade – a ação deliberada do partícipe em criar (ou reforçar) no autor a vontade de praticar o delito, ou a contribuição moral ou material dolosa à realização do mesmo. É preciso reconhecer coerência interna no pensamento de Jakobs e que sua solução para o específico problema das ações neutras parece, a um primeiro olhar, muito interessante. O maior problema é acatar seus pressupostos. O sistema que subjaz à ideia eleva o ordenamento jurídico como um fim em si mesmo e provoca a erosão da lesão ou perigo de lesão como paradigma (ou pelo menos como limite) da pena.

¹⁰¹ Hassemer (1995 *apud* Greco, 2004, p. 51-54; Lobato, 2009, p. 57-65) procura desenvolver o princípio da adequação social de uma forma que seja capaz de oferecer soluções para problemas concretos. Segundo ele, o problema da ideia de adequação social, em princípio correta, é que a sociedade não é um bloco uniforme; ao contrário, é constituída por diversos grupos e segmentos, cada qual regulado por diferentes normas jurídicas e sociais. Assim, a adequação social se converteria em uma *adequação regional*, ou seja, a análise da tipicidade objetiva da cumplicidade deveria levar em consideração as normas que se referem especificamente ao contexto em que a conduta está inserida. A partir daí o autor desenvolve o seu contexto de *adequação profissional*. Se uma determinada atividade profissional está regulada e se essa regulação não está em contrariedade com o ordenamento jurídico – ou seja, se é reconhecida pelo direito –, os atos praticados em conformidade com as normas profissionais aplicáveis não se revestiriam de tipicidade objetiva. A tipicidade da cumplicidade por meio de ações profissionais dependeria, portanto, de uma análise caso-a-caso, que deveria averiguar eventual incompatibilidade da conduta com cânones interpretativos tradicionais (perspectiva normativa) e possíveis adaptações ou modificações suspeitas na conduta para favorecer o delito (perspectiva do grupo social).

¹⁰² Weigend (1998, p. 208), após discorrer sobre diversas propostas teóricas sobre o problema das ações neutras, argumenta que o principal problema de tais teorias está na tentativa de estabelecer um critério qualitativo para a distinção entre a cumplicidade penalmente relevante e as atividades penalmente indiferentes. Ele propõe, então, uma diferenciação quantitativa (“*eine quantitative Abschichtung*”): quanto mais inofensiva a ação for em si, maior deve ser sua capacidade de fomentar o fato principal para que a ação seja punível. Weigend (1998, p. 209-211) passa a discorrer sobre três grupos de casos em que não haverá, em regra, participação punível. No primeiro grupo, se inseririam algumas hipóteses da chamada cumplicidade psíquica. Weigend diferencia os casos em que esta é indispensável para a realização do fato principal (casos em que a punição é legítima), daqueles em que o agente apenas reforça ou consolida no autor principal a decisão em favor do delito – estas impuníveis, por não representarem significativo fomento da ação principal. No segundo grupo, ele insere os casos em que o

(iii) as teorias subjetivas, que reduzem o tema à tipicidade subjetiva, como a teoria de Otto (1998, p. 193-225)¹⁰³; e (iv) teorias mistas, que mesclam aspectos de tipicidade objetiva e de tipicidade subjetiva, como as propostas de Amelung (1999, p. 9-30)¹⁰⁴, Roxin (2014, p. 291-302)¹⁰⁵ e Gorostiza (2002)¹⁰⁶.

participe se limite a fornecer ao autor principal o substrato com o que ele praticará o delito. Um dos exemplos que o autor oferece é justamente do padeiro que vende o pão ao autor principal, sabendo que ele pretende envenená-lo e oferecê-lo a uma vítima que não suspeita de nada. No terceiro e último grupo ele inclui os casos em que o partícipe fornece ao autor um objeto fomentador do crime, mas que pode ser facilmente obtido pelo autor em qualquer lugar. Greco (2004, p. 56-57) muito bem pontuou que o problema com critérios quantitativos como o de Weigend, pelo menos no âmbito da teoria do delito, é onde traçar a fronteira entre a “quantidade” que será punível e aquela que ainda se mantém fora do alcance da pena.

¹⁰³ Otto (1998, p. 213-215) diferencia a hipótese em que o partícipe tem conhecimento seguro do plano delitivo do autor da hipótese de mera suspeita sobre o possível aproveitamento ilícito da contribuição. No primeiro caso, em que o partícipe agiria com dolo direto, a contribuição seria punível. No segundo, ainda que a suspeita seja suficiente para preencher os pressupostos do dolo eventual, a contribuição não seria punível por prevalecer a liberdade de ação, que não poderia ser legitimamente restringida em caso de dúvida.

¹⁰⁴ Amelung (1999, p. 9-30) examina a participação por ações neutras no âmbito do tipo objetivo, do tipo subjetivo e, ainda, da antijuridicidade. No tipo objetivo, Amelung (1999, p. 11-12; 21-22) parte de uma decisão do *Reichsgericht* alemão, que rejeitou a cumplicidade no crime de favorecimento à prostituição de menores pelo fornecimento de pães a um bordel, para concluir que o tipo objetivo da cumplicidade não é preenchido pelo que ele denomina prestações de importância existencial (“*existenzwichtigen Leistungen*”). Um segundo grupo de casos em que, no direito alemão, a tipicidade objetiva estaria excluída, se refere ao concurso para a formação do fato gerador de um tributo, quando o agente sabe que o responsável tributário não pretende pagar o tributo devido. No tipo subjetivo, Amelung (1999, p. 22-27) recorda que o §27 do código penal alemão, que define a cumplicidade, exige o dolo. O problema estaria em determinar o dolo eventual nas condutas cotidianas ou profissionais. O autor pondera que diversas condutas cotidianas permitidas podem ser aproveitadas para a prática de delitos. Estes riscos gerais já teriam sido ponderados quando da permissão da conduta, de modo que não se poderia afirmar o dolo eventual com base na possibilidade abstrata de fomento ao fato criminoso alheio, ou, como argumenta Roxin, nos casos de mera suspeita do plano criminoso do autor principal. Não se excluirá o dolo, todavia, quando houver indícios concretos de que a conduta poderá fomentar a realização de um delito. Por fim, no âmbito da antijuridicidade, Amelung (1999, p. 27-29) analisa a hipótese do advogado que fornece uma consultoria que acaba por favorecer um delito. O autor concluirá que não incidirá causa de justificação quando o consultor estiver diante de um perigo correspondente ao dos §§ 138 e 323c do código penal alemão, que são tipos penais que podem ser aproximadamente descritos como de omissão de notificação de crime que sabe planejado e omissão de socorro, respectivamente.

¹⁰⁵ A exemplo de Otto, Roxin (2014, p. 291) distingue os casos em que o agente conhece o plano delitivo do autor dos casos em que há mera suspeita. Entretanto, em sua formulação mais recente Roxin evita falar em dolo direto e dolo eventual. Quando o agente está certo do aproveitamento delitivo de sua conduta, será punível quando sua prestação ao fato apresente uma referência de sentido delitivo. Isso ocorrerá, em primeiro lugar, quando o agente favorecer uma ação que, em si mesma, possui natureza delitiva. Roxin (2014, p. 292) exemplifica com o sujeito que vende um martelo sabendo, por ter sido informado pelo próprio comprador, que será empregado em um homicídio. Nesse caso, pouco importa se o martelo, enquanto objeto, possui utilidades diversas da que pretende empregar o autor principal; no contexto dado, a prestação só tem o significado de favorecer o fato delituoso. Mas ocorrerá também quando favorecer uma ação que, em si, não é ilícita, mas que a única finalidade que apresenta para o autor é a de possibilitar ou facilitar um fato punível. Por outro lado, quando a ação prévia favorecer uma ação lícita e apresentar uma utilidade também lícita para o autor, seu eventual aproveitamento ilícito só pode ser imputado ao autor (*Ibid.*, p. 293). Por outro lado, se o agente não tem conhecimento seguro do plano do autor, mas apenas suspeita dele ou o considera possível, seu comportamento não será punível, por incidência do princípio da confiança – segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contar com o comportamento ilícito alheio –, salvo se for possível identificar uma reconhecível inclinação para o delito (*Ibid.*, p. 299-300).

¹⁰⁶ Gorostiza (2002, p. 217-242) afirma que quando o agente atuar com dolo direto, ou seja, com conhecimento seguro do plano delitivo, haverá um indicio de relevância típica da cumplicidade, que precisará ainda ser sopesada com outros critérios objetivos, como a proximidade da conduta de favorecimento do início da fase executiva do delito e a consideração de eventuais normas de conduta setoriais aplicáveis (*Ibid.*, p. 236-238). Quando o agente atuar com dolo eventual, isto é, com conhecimento apenas potencial do plano delituoso, os critérios permanecem os mesmos, mas a presunção se inverte: em regra, atos profissionais ou cotidianos

No atual estágio do debate, as inúmeras propostas teóricas que se desenvolveram no direito estrangeiro (sobretudo alemão), bem como as críticas correspondentes, já foram expostas de forma muito competente pelas pioneiras obras de Greco (2004) e de Lobato (2009). A presente dissertação se interessa, portanto, pela forma como estas teorias foram recepcionadas no direito brasileiro¹⁰⁷; pelas adaptações e novas propostas desenvolvidas pelos nossos penalistas; e, sobretudo, pelo cotejo entre as modernas soluções e aquelas tradicionalmente adotadas no direito brasileiro antes que o assunto fosse elevado a um debate dogmático independente. É neste ponto em que ocorrerá a interseção entre o que foi desenvolvido nos capítulos precedentes e o tema das ações neutras, para responder às seguintes perguntas: (i) as ações neutras devem ser tratadas como uma categoria dogmática autônoma, ou seja, como um problema específico de participação criminal? (ii) as soluções teóricas propostas pelos penalistas brasileiros são conformes à nossa tradição jurídico-penal e à disciplina legal vigente do concurso de pessoas? (iii) as ações neutras preenchem o tipo penal de cumplicidade no direito brasileiro? Se sim, em quais casos?

3.1. Luís Greco e o critério da idoneidade

Antes de expor o seu posicionamento frente ao problema das ações neutras, Greco (2004, p. 107-113) procura desfazer possíveis confusões conceituais, adotando uma definição de ações neutras como base de seu desenvolvimento ulterior. Explica que existem duas alternativas conceituais possíveis: adotar uma definição precisa e clara, estabelecendo todos os pressupostos que uma ação deve conter para que seja considerada neutra, de modo que seja possível distinguir os grupos de casos de ações neutras e de ações não-neutras, remanescendo “uma zona de imprecisão não maior do que a que apresenta a generalidade dos conceitos jurídicos” (Greco, 2004, p. 108); ou adotar uma definição aberta, propositalmente imprecisa,

praticados sem conhecimento seguro de um posterior aproveitamento criminoso não configurarão cumplicidade punível, pois o raciocínio contrário conduziria a uma paralisação da vida social e constituiria uma excessiva restrição da liberdade de agir do cidadão. Nesse cenário, só haverá cumplicidade quando, pelo contexto ou pela proximidade do fato, já não se fizer verossímil que o cúmplice não estava certo da realização do delito (*Ibid.*, p. 239-240).

¹⁰⁷ Optamos por analisar apenas os autores que versaram monograficamente sobre o tema, seja em livros publicados, dissertações de mestrado ou teses de doutoramento, por ordem cronológica de publicação. O recorte é necessário porque seria inviável abordar todas as publicações em periódicos ou meios diversos. Dentro do escopo proposto, omitiremos a análise da dissertação de Brilhaiva (2023) por não enunciar nenhum critério próprio para a solução do problema de pesquisa e nem manejar os critérios existentes de forma a oferecer respostas dignas de nota.

enunciando pressupostos vagos da neutralidade da conduta – opção que, ao contrário da primeira, deixaria uma extensa zona cinzenta, que incluiria tanto os casos tradicionalmente tratados como de ações neutras, quanto outros que geralmente não são incluídos nesta categoria. A escolha entre as duas alternativas, prossegue o autor, é a escolha entre uma definição *prescritiva* ou uma definição *descritiva*. Formular uma definição prescritiva implicaria deduzir, de antemão, os componentes de uma ação neutra e as suas consequências jurídicas (as ações neutras são condutas puníveis ou não?), enquanto uma definição descritiva se limitaria a identificar o fenômeno em estudo, sem qualquer prejulgamento quanto às suas consequências jurídicas. Nesse contexto, Greco considera mais conveniente adotar uma definição descritiva, que nada antecipe sobre a punibilidade das ações neutras, mas que sirva somente para que se tenha algo em mente ao utilizar o termo “ações neutras”. E chega à seguinte definição: “ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis” (Greco, 2004, p. 110)¹⁰⁸.

Em seguida, Greco (2004, p. 114-116) passa a justificar sua opção por uma teoria objetiva, ou seja, a compreensão de que o problema das ações neutras diz respeito ao tipo objetivo da cumplicidade. Alega o autor que há relativo consenso de que a questão sobre a punibilidade¹⁰⁹ ou não das ações neutras se resolve no plano do tipo. Todavia, divergem os teóricos, como já visto, entre aqueles que solucionam o problema no tipo objetivo, aqueles que o resolvem no tipo subjetivo e ainda os que trabalham com elementos do tipo objetivo e do tipo subjetivo. Greco (2004, p. 115) argumenta que um dos maiores méritos da teoria da imputação objetiva foi retirar do tipo subjetivo uma série de problemas que ali não poderiam receber uma solução adequada. Afirma que a definição dos limites externos do permitido e do proibido é uma função do tipo objetivo, e não do tipo subjetivo. Alega, ainda, que a maior prova de que se trata de uma questão de tipo objetivo é que autores que dizem trabalhar com elementos subjetivos, como Otto, Roxin e Amelung, se utilizariam de pontos de vista reconhecidamente pertencentes ao tipo objetivo¹¹⁰. E arremata sua justificação com o

¹⁰⁸ “Proporemos, assim, a seguinte definição de ações neutras: *chamaremos de ‘neutras’ aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais*. Tudo aquilo que, num primeiro contato, superficial, é verdade, pareça irrelevante para o direito penal, tenha um aspecto inocente, inofensivo, seja dotado daquela aura angelical do que é socialmente adequado, tudo isso será uma ação neutra. E proporemos também uma regra de decisão para casos de dúvida: os casos de dúvida também podem ser tidos como casos de ações neutras. Poderíamos, assim, reformular a definição dada de forma a compreender tanto a regra geral quanto a regra para o tratamento de casos duvidosos numa única formulação: *ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis*”. (Greco, 2004, p. 110)

¹⁰⁹ Termo aqui evidentemente empregado em sentido amplo.

¹¹⁰ Roxin invocaria o princípio da confiança para limitar o alcance do dolo, enquanto Amelung só afirmaria o dolo quando o autor conhecer um perigo concreto para o bem jurídico, sendo insuficiente um perigo abstrato (Greco, 2004, p. 115-116). Greco não descreve qual elemento de tipicidade objetiva seria adotado por Otto, mas é razoável supor que se refira ao conhecimento do partícipe sobre o plano delitivo do autor, que Otto considera

argumento de que relegar ao tipo subjetivo a distinção entre os limites do proibido e do permitido é correr o risco de incorrer em um direito penal de ânimo.¹¹¹

Greco (2004, p. 116-117) passa a analisar, então, quais elementos do tipo objetivo são relevantes para o tema em estudo. Sabe-se que o tipo objetivo é composto por diversos elementos, dentre os quais o autor destaca a ação, o resultado, o nexos de causalidade e a imputação objetiva. Afirma ele que os três primeiros sempre estarão presentes nos casos que estudamos sob a rubrica de ações neutras: haverá sempre uma conduta aparentemente normal (conduzir um táxi, vender um medicamento abortivo), um resultado (a realização do fato principal pelo autor) e o nexos de causalidade entre eles. O problema estará situado, portanto, na imputação objetiva. Caberá averiguar se a ação tida como neutra (i) criou um risco, (ii) se o risco criado é juridicamente desaprovado, e (iii) se esse risco juridicamente desaprovado se materializou no resultado.

Sobre o primeiro requisito da imputação objetiva, Greco (2004, p. 118) argumenta, com uma pitada de desdém, que “não é preciso muita perspicácia para observar que também nos casos de ações neutras há sempre esta criação de risco”, pois em todos os casos sob o amplo espectro das ações neutras se poderia afirmar que um homem prudente, dotado dos conhecimentos especiais do autor, vislumbraria a possibilidade de ocorrência de dano – o critério da prognose póstuma objetiva. Neste ponto, é necessário um parêntese sobre a compreensão de Greco sobre a relevância dos conhecimentos especiais para a imputação do tipo objetivo. Greco (2005, p. 531) define os conhecimentos especiais como um conceito relacional: são conhecimentos ou faculdades que possui o agente, e que não possui o homem médio. No contexto das ações neutras, sobretudo nos casos-modelo elaborados pelo autor, este conhecimento se refere ao plano do autor principal. O padeiro vende o pão sabendo que o cliente pretende envenená-lo para matar outrem; o vizinho empresta o machado consciente de que será utilizado não para derrubar uma árvore, mas para o homicídio da esposa de quem o recebe. Jakobs (1996, p. 62-67) é um dos principais críticos da relevância dos conhecimentos especiais na imputação objetiva, argumentando que, se não há um dever jurídico de obter-se aquele conhecimento, a sua existência é um elemento ajurídico do delito¹¹². A tal concepção,

relevante para distinguir o dolo direto do dolo eventual, mas que para Greco integra o tipo objetivo sob a categoria dos conhecimentos especiais.

¹¹¹ “Mais: a partir do momento que se relega ao *tipo subjetivo* a tarefa de distinguir ações proibidas das não proibidas, corre-se o risco de cair em um *direito penal de ânimo*. Pois não deve depender da disposição anímica do autor, de suas preferências e gostos, e sim de fatores exteriores, objetivamente verificáveis, se o que ele fez ultrapassou ou não os limites de sua esfera de liberdade” (Greco, 2004, p. 116).

¹¹² “Quien considere que el resultado es chocante – en todo caso, sería igual de chocante tratándose de comisión de omisión-, ha de considerar que los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener; se trata de pura subjetividad, y nada más. El autor puede entregarse a la más mínima distracción que le impida adquirir el conocimiento especial, y puede lícitamente olvidarse inmediatamente de

Greco (2004, p. 118-119) objeta que não há base para desconsiderar aquilo que o autor sabe na delimitação do proibido e do permitido e que um direito penal orientado à proteção de bens jurídicos deve poder proibir as ações que o agente sabe perigosas. A partir deste raciocínio e considerando o pressuposto adotado pelo autor de que na quase totalidade dos casos de ações neutras o agente conhece o plano do autor principal, sempre haveria a criação ou o incremento de um risco ao bem jurídico.

Em um segundo momento, é necessário avaliar se o risco criado é juridicamente desaprovado. E é justamente neste âmbito que Greco (2004, p. 119-121) situa a solução para os problemas de ações neutras. O autor explica que a valoração do risco pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade e o interesse de proteção de bens jurídicos, ou seja, a tarefa é “delimitar se esta ação perigosa, arriscada, é ainda assim permitida, em nome do interesse geral de liberdade, ou se o direito considera este risco algo desaprovado, que merece ser proibido, em nome do interesse de proteção de bens jurídicos” (Greco, 2004, p. 120). Para responder a tal questionamento, Greco (2004, p. 135-150) desenvolve uma proposta calcada no *critério da idoneidade*, componente do princípio da proporcionalidade.

A proibição, para ser legítima, deve ser idônea à proteção do bem jurídico concreto. Aduz Greco (2004, p. 140-141) que seria exagerado exigir que a abstenção da conduta proibida salve o bem jurídico; bastaria que ela melhore, de alguma forma, a situação do bem jurídico. Melhorar, todavia, não é sinônimo de modificar. Isso porque, sempre que um sujeito recusar sua contribuição ao delito, ele modificará o curso do fato principal, de modo que, a adotar-se tal critério, sempre se afirmaria a punibilidade das ações neutras. Exige-se, portanto, que a abstenção hipotética da conduta represente uma melhora relevante para o bem jurídico – nas palavras do autor, “menos do que salvar, mas mais do que modificar” (Greco, 2004, p. 142). O raciocínio, em sua formulação mais concreta, implica que quanto mais fácil for para o autor principal obter a mesma prestação de um terceiro que não possua os conhecimentos especiais, menos idônea será a proibição para proteger o bem jurídico. A idoneidade, nestes termos, só poderia ser verificada em cada caso concreto. A proibição da venda do pão pelo sempre citado padeiro poderia ser idônea à proteção do bem jurídico se não houvesse outra padaria na cidade, ou se o autor principal tivesse uma janela temporal de atuação muito estreita, que seria perdida caso tivesse que se socorrer de outra padaria; seria inidônea, todavia, se o autor principal somente pretendesse servir o pão envenenado no dia seguinte e

algo que haya llegado a conocer. Dicho de otro modo. la relevancia jurídico-penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica” (Jakobs, 1996, p. 64).

houvesse uma abundância de padarias disponíveis, em que os respectivos padeiros sequer conheceriam seu plano e, portanto, a prestação poderia ser facilmente substituída – assim o próprio Greco (2004, p. 156) resolve uma variante deste caso hipotético.

3.1.1. Crítica

A obra de Greco tem muitos méritos, a começar pela habitual clareza na apresentação do problema, na exposição das diferentes propostas teóricas e no relevo dos pontos centrais em que se situa a divergência. A sua proposta de solução, a partir do critério da idoneidade, parece muito promissora para resolver a maior parte dos casos em que a banalidade da contribuição do partícipe torna incoerente a afirmação da tipicidade objetiva da participação. A ideia de que quanto mais ubíqua for a contribuição do partícipe menor é a idoneidade da proibição para proteger o bem jurídico é interessante e lembra, *mutatis mutandis*, a teoria dos bens escassos¹¹³ de Ordeig (2019, p. 131-138).

Por outro lado, a invocação do princípio da proporcionalidade parece completamente desnecessária ao desenvolvimento da ideia. Greco (2004, p. 136) expressamente descarta qualquer relevância aos demais componentes da proporcionalidade – a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O critério da idoneidade, por sua vez, pode ser fundamentado por outros caminhos. Veja-se que Kindhäuser (2014, p. 127-148) chega a uma resposta muito semelhante, afirmando a cumplicidade apenas quando a ação constituir “uma prestação que consideravelmente melhora as possibilidades de consecução do fim que o autor tem à disposição de todos os modos”, ajustando a sua conduta às necessidades específicas do autor ou superando um déficit existente para a realização do fato principal. O próprio Greco (2004, p. 146-149) argumenta em favor da relevância dos cursos causais hipotéticos nos casos de ações neutras, o que reforça que a solução pode ser alcançada por outros caminhos e que o princípio da proporcionalidade não tem papel algum a desempenhar nestes casos. E se tal princípio não traz nenhum ganho ao raciocínio de Greco, traz consigo, ao revés, todas as

¹¹³ Não à toa renomeada pelo autor “teoria dos atos não-neutros ou não-cotidianos”. Importante destacar, contudo, que esta teoria não se propõe a diferenciar a cumplicidade típica da conduta penalmente indiferente, mas diferenciar os atos de cumplicidade e os de cooperação necessária, distinção relevante no direito espanhol. Para Ordeig (2019, p. 133-135), mesmo os atos neutros ou cotidianos preenchem, em regra, a tipicidade da cumplicidade.

críticas que compreensivelmente carrega sobre a sua imprecisão e duvidosa utilidade para o direito penal – como o próprio Greco reconhece (*Ibid.*, p. 136).

Também não nos parece acertada a perspectiva segundo a qual a relevância penal da cumplicidade seja uma questão de valoração do risco. Se a proibição de uma prestação que pode ser facilmente obtida pelo autor em qualquer lugar não é idônea para proteger o bem jurídico, é porque tal prestação, individualmente considerada, não aumenta o risco para o bem jurídico. O risco está dado de antemão pela própria disponibilidade da prestação. Mais uma vez, Kindhäuser (2014) oferece uma explicação mais convincente ao afirmar que não configura auxílio na fase de preparação do delito a criação de condições que, para o autor, pertencem ao campo causal do seu ato posterior¹¹⁴. O recurso aos cursos causais hipotéticos é evidência de que a questão é de incremento ou não do risco: se o resultado permaneceria ainda que o agente se abstinhasse da ação, tendo em vista que a prestação poderia ser lícita e facilmente obtida de outras fontes, significa que aquela ação particular não aumentou o risco para o bem jurídico concreto.

Greco compreende que a questão é de valoração porque raciocina não a partir da conduta do agente, mas a partir da norma de comportamento. Isto é, o princípio da idoneidade não se propõe a averiguar se a conduta do partícipe era idônea, *ex ante*, para aumentar o risco de lesão ao bem jurídico; mas, ao contrário, se a proibição da conduta seria idônea, também de uma perspectiva *ex ante*, para proteger o bem jurídico. Sob este ponto de vista, se a proibição da conduta não for idônea à proteção do bem jurídico concreto ela será ilegítima e, portanto, o risco criado por ela não será um risco proibido. Todavia, não vemos razão e nem benefício em tal inversão de raciocínio. A uma, porque não faz sentido indagar sobre a permissão ou proibição de uma conduta cuja prática não incrementa o risco para o bem jurídico. A duas, porque, muito embora raciocínios hipotéticos sempre carreguem consigo uma carga de imprecisão, é muito menos abstrata a indagação acerca da idoneidade da conduta para aumentar o risco de lesão ao bem jurídico do que aquela acerca da idoneidade da proibição para protegê-lo.

¹¹⁴ “Aplicando-se essa ideia à cumplicidade na fase de preparação de um delito, conclui-se que não é nenhuma prestação de auxílio a criação de condições que, para o autor, pertencem ao campo causal do seu ato posterior. Isso também se revela na terminologia da jurisprudência, que exige em sua fórmula para a cumplicidade o aumento do risco da realização do fato principal. Condições que pertencem ao campo causal de um acontecimento não são consideradas elevação de risco. Essa reflexão recorre licitamente a cursos causais hipotéticos e, em particular, move-se no terreno normativo dos princípios da imputação objetiva. Assim como não se pode dizer que o perigo de incêndio foi incrementado pela existência de oxigênio no ar, tampouco se pode dizer que a venda de uma marmelada elevou o perigo da prática de um assassinato só porque a marmelada foi misturado veneno para a realização do crime. Algo diverso se passa com os objetos e as informações que, independentemente do momento de sua prestação, já estão ajustadas de forma necessária a uma específica utilização pelo autor”. (Kindhäuser, 2014, p. 141).

Também não se pode concordar com a assertiva de que o problema sob estudo deve ser resolvido exclusivamente no tipo objetivo – ainda que se reconheça que é nele que estará contida parcela relevante da solução. Greco (2004, p. 115) justifica a opção por uma teoria objetiva a partir da noção de que “é função do tipo objetivo, e não do subjetivo, definir os limites externos do proibido e do permitido”. Parece-nos que isso é esperar demais do tipo objetivo. A definição dos limites entre o permitido e o proibido não é sequer uma tarefa exclusiva do direito penal. Ao contrário do que afirma Greco, o problema diante de nós não é saber se o vendedor de ferramentas pode ou não pode vender o machado ao sujeito que lhe confessou que pretende matar a esposa. O problema que compete ao penalista é consideravelmente mais modesto: é saber se, caso o machado seja vendido e a esposa assassinada, estarão presentes os pressupostos que habilitam a imposição da pena estatal (Zaffaroni; Batista, 2018, p. 20-21). É certo que nem todos os componentes do conceito analítico de crime serão chamados a participar da solução deste problema específico. A culpabilidade, por exemplo, que notadamente se refere ao sujeito e não à conduta proibida, nada pode contribuir sobre os limites da participação punível. Não há, porém, nenhuma razão séria para remover o tipo subjetivo dessa equação. Muito pelo contrário: se (i) Greco parte corretamente da premissa de que soluções casuísticas para o problema das ações neutras não são recomendáveis; e (ii) há substancial consenso no direito brasileiro quanto a existência de um elemento subjetivo na participação (embora se possa divergir sobre o seu conteúdo); como se poderia excluir este elemento subjetivo apenas da parcela dos atos de cumplicidade estudados sob a rubrica de ações neutras? Prova disso é que Greco insere furtivamente dois dedos de subjetividade em seu tipo objetivo: os conhecimentos especiais. Para não ingressar desnecessariamente no debate sobre a relevância dos conhecimentos especiais em outros problemas de teoria do delito, basta dizer que a forma como o autor emprega este conceito no tema das ações neutras significa apenas o conhecimento do partícipe sobre o plano do autor principal – que não é nada mais, nada menos, do que o elemento cognitivo do dolo da participação.

Por fim, Greco (2004, p. 165-166) reconhece que seu critério é insuficiente para resolver os casos em que a contribuição do partícipe se dá em cumprimento a um dever jurídico. O princípio da idoneidade não resolve, por exemplo, o caso hipotético do sujeito que paga uma dívida sabendo que um crime será praticado com o dinheiro obtido. Neste exemplo, não se pode falar na ubiquidade da prestação (em regra, não há um número ilimitado de devedores aos quais se pode recorrer), de modo que a proibição será, em tese, idônea à proteção do bem jurídico. A questão aqui é diversa: como acomodar esta proibição com as

demais normas que impõem o cumprimento da obrigação? Percebeu Lobato (2009, p. 73) que Greco aqui admite a possibilidade de uma solução *ad hoc* – outra teoria, naquele momento ainda não formulada, poderia solucionar este problema específico. Como veremos na sequência, teorias capazes de solucionar este problema seriam formuladas a partir da provocação de Greco, de modo que é preciso reconhecer a importância de sua obra no desenvolvimento dogmático da matéria.

3.2. José Danilo Tavares Lobato e a teoria do abuso do direito

Lobato (2009, p. 99-123) nomeia a suposta neutralidade como um engodo hermenêutico e aproveita a teoria do abuso do direito, bem desenvolvida no âmbito do direito civil, como um critério interpretativo para delinear os limites entre a liberdade de ação e a participação criminal punível. O autor inicia justificando sua opção por uma teoria mista, em contraposição a um posicionamento externado em um artigo pretérito em favor de uma teoria objetiva. Lobato (2009, p. 100-101) reconhece a tentação de solucionar o problema das ações neutras como uma questão de tipo objetivo, assim como percebe o incômodo intuitivo que gera a pretensão de responsabilizar penalmente alguém que apenas exerce uma profissão lícita, no livre gozo de seu direito constitucional ao trabalho. Argumenta, contudo, que esse incômodo é ilusório e por uma questão mais simples do que se pensa: nenhum direito é absoluto. O exercício de um direito pode e deve ser limitado em respeito à esfera jurídica alheia. Em seguida, Lobato (2009, p. 100-103) faz uma extensa revisão da literatura sobre o abuso do direito, inclusive de sua utilização para a solução de problemas penais, para depois concluir que “a neutralidade ou a cotidianidade da conduta nada mais é do que uma capa”, pois qualquer direito (inclusive a liberdade e o direito ao trabalho) “só poderá ser exercido conforme os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, sob pena de haver o surgimento da figura do abuso do direito” (*Ibid.*, p. 104-105).

É com base nesse raciocínio que Lobato (2009, p. 107) ressalta que a análise do tipo subjetivo será decisiva na pesquisa sobre a tipicidade das ações neutras. Recorda, com lucidez, que todas as formas de participação em sentido estrito são condutas *a priori* atípicas, quando analisadas em si mesmas, de forma descontextualizada da ação principal. Tais condutas somente se revestem de tipicidade objetiva por força da norma de extensão de tipicidade do art. 29, CP. Este véu de atipicidade e licitude é apenas aparente, e se desfaz

quando verificado que a conduta se insere em um contexto delitivo. Nesse contexto, a tipicidade será preenchida ou não a depender da verificação do dolo do partícipe. O taxista que conduz um passageiro consciente de que ele se dirige à casa de sua ex-mulher para matá-la responderia pelo auxílio; se desconhecesse o plano criminoso, todavia, incorreria em erro de tipo e não haveria participação punível, posto que não se pode falar em participação culposa em crime doloso (*Ibid.*, p. 107-108).

Lobato (2009, p. 108-111) rejeita o argumento que busca diferenciar as ações neutras das ações não-neutras pela consideração de quem pratica ações cotidianas age com independência do autor e em busca de fins lícitos. Sobre o primeiro argumento, aduz que o partícipe neutro só atua porque alguém (no caso, o autor principal) demanda a sua atuação. A conduta do partícipe neutro só se justificaria pela existência de uma contraparte, que contratará a venda do pão, a corrida de táxi ou a venda do medicamento abortivo, por exemplo (*Ibid.*, p. 108). Não há, portanto, independência em relação ao autor principal; há, ao contrário, exercício abusivo do direito de contratar, que se desvia da finalidade que lhe confere o ordenamento jurídico na medida em que se converte em auxílio para a violação de bens jurídicos (*Ibid.* p. 109). Sobre a alegação de que o partícipe neutro agiria em busca de fins lícitos, aduz Lobato que, se ele tem consciência do plano do autor principal, o partícipe neutro atua com o mesmo elemento subjetivo do partícipe comum. E reafirma, nesse ponto, a sua compreensão de que não se exige do partícipe o querer dirigido ao resultado, sendo suficiente a vontade dirigida à instigação ou ao auxílio do autor principal (*Ibid.*, p. 110-111).

O argumento central de Lobato, que talvez tenha sido obnubilado pela menos ortodoxa importação da doutrina civilista do abuso do direito, é de que não há qualquer razão para que as chamadas ações neutras recebam tratamento jurídico diverso de quaisquer outras hipóteses de participação criminal (*Ibid.*, p. 112). O partícipe, mesmo nos casos mais tradicionais, não realiza de mão própria os elementos do tipo objetivo. A tipicidade de sua conduta tem fundamento na regra de extensão da tipicidade presente no art. 29, CP, sem a qual não seria possível fundamentar a punição do partícipe, seja daquele que contribui por meio de ações profissionais ou cotidianas, seja daquele que contribui de formas mais explicitamente conectadas ao delito (p. ex., a entrega de uma arma de fogo para a realização de um homicídio). E, diante da amplitude da fórmula do art. 29, CP, o elemento subjetivo da participação desempenha um papel central no juízo de tipicidade da participação – tanto nos casos “comuns”, quanto naqueles geralmente incluídos entre os casos de ações neutras.

Outra notável contribuição de Lobato (2009, p. 114-119) é a análise dos casos especiais em que a contribuição para o fato delituoso se dê em cumprimento a um dever

jurídico. O autor elabora o seu raciocínio a partir do seguinte caso hipotético: um mutuário, no momento do adimplemento da obrigação, é informado pelo credor que o valor recebido será empregado na aquisição de uma arma, com a qual o credor pretende matar um desafeto (*Ibid.*, p. 115). De acordo com a fórmula adotada pelo art. 13, CP, não há dúvidas que existiria nexo de causalidade entre o adimplemento da dívida e o homicídio posterior. Se o mutuário adimplir a dívida, seria considerado partícipe? Lobato responde negativamente à pergunta, com base na teoria da imputação objetiva. Argumenta, com Menezes Cordeiro, que a solução para um problema concreto deve levar em consideração a totalidade do ordenamento jurídico; este, por sua vez, não pode ser contraditório e, ao mesmo tempo, impor ao devedor o cumprimento da obrigação, sob pena de incidência dos instrumentos de coerção e de reparação cíveis, e punir o devedor, na esfera penal, pelas consequências advindas do adimplemento da dívida (*Ibid.*, p. 114-115). Em termos jurídico-penais, a conduta não poderia ser imputada ao tipo objetivo, pois o risco criado pelo devedor é um risco permitido, isto é, não se trata de risco juridicamente desaprovado (*Ibid.*, p. 117).

3.2.1. Crítica

Lobato ofereceu uma grande contribuição ao desvelar o equívoco da ideia de que determinadas condutas possam ser aprioristicamente neutras. Em que pese o esforço de Greco em construir um conceito avalorado de ações neutras, que nada antecipe sobre suas consequências jurídicas, o vocábulo “neutra” é linguisticamente dotado de elevada carga semântica¹¹⁵ e, portanto, seu emprego provoca justificáveis confusões. Mesmo iniciados em direito penal por vezes interpretam o termo como referido a condutas (necessariamente) penalmente indiferentes. A conclusão sobre a (a)tipicidade de uma conduta de contribuição a um injusto alheio, porém, não pode ser dada de antemão e sem consideração ao contexto em que o ato foi praticado – pelo menos não sem violar a regra do art. 29, CP. Lobato (2009, p. 100-107) também enfrenta de forma muito competente as poucas tentativas sérias de justificar um tratamento diferenciado para as ações neutras, como os argumentos do direito ao trabalho

¹¹⁵ É possível colher, em Ferreira (1986, p. 1191), alguns significados do termo: “1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral. 3. Diz-se de nação cujo território as potências se comprometem a respeitar em caso de guerra entre elas. 4. Não distintamente marcado ou colorido. 5. Indefinido, vago, indistinto, indeterminado. 6. Que se mostra indiferente, insensível; neutral. [...]”. Transpondo-se a expressão para o contexto jurídico penal, não é difícil compreender que a palavra transmite a ideia de participação penalmente irrelevante.

e à liberdade. Sua assertiva de que tais direitos podem ser limitados em respeito à preservação da esfera jurídica de terceiros é essencialmente correta: toda criminalização importa, em certa medida, na redução de um espaço de liberdade com o fim (ao menos declarado) de preservação de um bem jurídico relevante. Não há, de fato, nenhum fundamento convincente para que as chamadas ações neutras sejam tratadas como um problema especial de participação criminal. Lobato (2009, p. 112) tem razão ao afirmar que tais casos devem ser resolvidos como todos os demais casos de participação em sentido estrito.

A primeira crítica que se lhe pode fazer é mais de forma do que de conteúdo. A longa exposição sobre a teoria do abuso do direito, a nosso sentir, atrapalha mais do que ajuda na compreensão da ideia fundamental do autor. A ideia do abuso de direito não é propriamente uma solução para o problema em estudo. Como visto, o abuso do direito, no limite, pode explicar qualquer restrição à liberdade pela via da criminalização, não oferecendo nenhuma resposta particular a problemas de participação criminal. O conceito só é útil ao posicionamento de Lobato enquanto fundamento para descartar soluções casuísticas para as ações neutras. Portanto, a atenção do leitor é magnetizada para um componente de importância marginal e desviada da perspectiva central, que, nas palavras do próprio autor, “é mais simples do que se pode imaginar” (*Ibid.*, p. 100).

Por outro lado, embora estejamos plenamente de acordo de que o tema não desafia soluções casuísticas, parece-nos que a atenção que a matéria recebeu da dogmática penal não é injustificada. Causa um incômodo intuitivo a ideia de que sejam puníveis determinadas condutas que, aos olhos de um observador médio, são banais. E esse incômodo merece reflexão. Se não há razão que justifique um tratamento diferenciado – e nos parece que não há –, o incômodo só pode ser um sintoma de uma doença na fórmula geral. Em português claro: a forma como vem sendo majoritariamente interpretada a extensão da participação criminal – qual seja, limitando-a apenas em função da causalidade – é demasiadamente ampla e, por vezes, oferece respostas incompatíveis com os princípios que informam o direito penal liberal. Lobato, todavia, não parece enxergar qualquer problema na interpretação tradicional. Isso fica particularmente evidente na passagem em que o autor considera razoável perquirir a participação, a título de dolo eventual, do simples fornecedor de matérias-primas pelo crime ambiental praticado pelo comprador no processo de produção, desde que o comprador tenha uma notória reputação neste sentido (*Ibid.*, p. 112). Em nossa compreensão, uma teoria da participação criminal que transfira para o cidadão um ônus que é do Estado – afinal, se a empresa possui uma *notória reputação* de praticar crimes ambientais, quem deveria atuar são

os órgãos estatais competentes para a regulação e para a repressão de tal fenômeno – não pode legitimamente fundamentar a restrição nos espaços de liberdade que a criminalização implica.

Outro ponto de discordância, já antecipado no item 2.4 supra, diz respeito ao elemento subjetivo da participação. Lobato (2009, p. 25-29; 110-111) compreende que a vontade do partícipe não precisa estar referenciada à realização do fato principal, sendo suficiente que esteja direcionada à prestação oferecida ao autor. A seguinte passagem nos parece particularmente problemática: “Se o partícipe neutro age consciente de que ele está concorrendo para o fato, atua ele com o mesmo elemento subjetivo da participação criminal comum”. O trecho parece sugerir que o dolo, seja direto ou eventual, poderia ser derivado do simples conhecimento do plano do autor principal, dissolvendo assim o elemento volitivo enquanto limitador da tipicidade subjetiva¹¹⁶. Como já tivemos a oportunidade de expressar, entendemos que o objeto de referência do dolo, nos termos do art. 18, I, CP, será sempre o *resultado típico*. Nem mesmo a proposta de Cirino dos Santos (2020, p. 375; 379-380), no sentido da existência de um duplo objeto para o dolo do partícipe, parece convincente. O dolo é um só ou é nenhum: ou o partícipe conhece o plano e quer ou consente com a realização do fato principal, e nesse caso a sua conduta se justifica subjetivamente enquanto contribuição à realização do resultado (sendo prescindível um dolo específico para a conduta de instigação ou auxílio); ou o partícipe não conhece o plano delitivo, ou, ainda, conhecendo-o, não deseja e nem se conforma com o resultado, pelo que dolo não haverá.

Muito digno de méritos é o desenvolvimento de Lobato (2009, p. 114-119) acerca da atuação neutra por meio do cumprimento de um dever. Nada há a acrescentar às precisas considerações do autor sobre a necessidade de se observar a completude e a não contradição do ordenamento jurídico. A escolha pela solução no tipo objetivo, no lugar da mais fácil e mais tradicional opção pela antijuridicidade, também se revela acertada e bem fundamentada. Há, todavia, duas pequenas observações de ordem metodológica. Lobato (2009, p. 117) justifica o não preenchimento do tipo objetivo a partir da teoria da imputação objetiva. Se nos limitarmos aos seus critérios mais aceitos¹¹⁷, a referida teoria estabelece critérios adicionais para a imputação do resultado ao tipo objetivo, que podem ser divididos em três grupos: (i) a

¹¹⁶ Tendo em vista que o excerto nos parece ambíguo e para evitar críticas injustas ao autor, reproduziremos a seguir a passagem completa: “Se o partícipe neutro age consciente de que ele está concorrendo para o fato, atua ele com o mesmo elemento subjetivo da participação criminal comum. Tanto o dolo direto quanto o eventual, que são bastantes para preencher o tipo subjetivo da participação criminal comum, exigem apenas que o partícipe tenha consciência e vontade de concorrer para a conduta do autor, ou consciência e assunção na concorrência à atuação alheia, respectivamente” (*Ibid.*, p. 110-111). É verdade que Lobato menciona os componentes volitivos do dolo direto e do dolo eventual. O trecho inicial, todavia, leva-nos a crer que do simples conhecimento do plano do autor já decorreria o elemento volitivo, ao menos enquanto “assunção na concorrência à atuação alheia”.

¹¹⁷ Excluindo-se, portanto, o critério do alcance do tipo.

criação do risco; (ii) a valoração do risco; e (iii) a realização do risco. Os dois primeiros grupos se referem ao desvalor da ação, enquanto o último ao desvalor do resultado (Greco, 2014, p. 28). Inicialmente, Lobato afirma estar adotando o “critério da realização do risco” para afirmar o não preenchimento do tipo objetivo nesta hipótese¹¹⁸. Em outros trechos, contudo, alude à valoração do risco, que seria um risco permitido nos casos de cumprimento de um dever legal¹¹⁹. Quer parecer-nos que a alusão inicial à realização do risco foi um erro accidental de redação, posto que a questão aqui, sob a ótica da teoria da imputação objetiva, só poderia ser de valoração do risco criado, como bem explica o autor no restante do texto. A outra observação diz respeito à passagem em que Lobato (2009, p. 119) invoca o jurista argentino Raúl Zaffaroni e sua tipicidade conglobante para justificar ou reforçar a solução no âmbito do tipo objetivo. Embora, neste caso específico, ambas as propostas teóricas cheguem à mesma resposta, os sistemas de delito que subjazem à tipicidade conglobante de Zaffaroni e à teoria da imputação objetiva são diferentes e, a nosso ver, incompatíveis entre si. Lobato não esclarece seu marco teórico ao leitor. Pelo espaço dedicado no texto a cada ideia, a referência à tipicidade conglobante soa quase como um *obiter dictum* para convencer um leitor que não adote um funcionalismo sistêmico orientado à proteção de bens jurídicos.

3.3. O dever de solidariedade em João Daniel Rassi

Rassi procura desvendar os limites da participação punível a partir do que ele denomina dever de solidariedade. O autor larga da ideia de que aquele que tem conhecimento de uma conduta ilícita de terceiro e, mesmo assim, nada faz para evitar o resultado, manifesta-se de forma contrária à solidariedade nas relações sociais (Rassi, 2014, p. 111). Rassi (2014, p. 116-117) afirma que a doutrina sociológica distingue entre uma solidariedade subjetiva, impregnada de um sentido ético-moral, que pode ser entendida como um sentimento de simpatia, de dever religioso etc., e uma solidariedade objetiva, que encontraria suas bases na sociologia. O autor rejeita relevância jurídica a essa solidariedade subjetiva, de

¹¹⁸ “Em termos de Direito Penal, a fundamentação da não extensão da adequação típica, operada pelo art. 29 do Código Penal, baseia-se no *critério da realização do risco*, que foi inserido pela teoria da imputação objetiva como mais um elemento a ser analisado no tipo objetivo” (*Ibid.*, p. 117 – grifos nossos).

¹¹⁹ “O risco criado pelo *solvens* é um risco permitido” (*Ibid.*, p. 117); “[...] o critério da permissão ou não, do risco criado, será o ponto central do impedimento à formação da tipicidade penal” (*Ibid.*, p. 118).

conteúdo impreciso em razão da relatividade da moral, enquanto acredita que a solidariedade objetiva pode ajudar a solucionar o problema das ações neutras.

Para melhor determinar o que seria o conteúdo desse dever de solidariedade, o autor recorre às ciências sociais, a partir da análise das obras de Durkheim, Giddens e Garland. De Durkheim, Rassi (2014, p. 120-125; 137) colhe que a solidariedade é o elemento chave de integração entre os membros do corpo social, que garante a coesão da sociedade. O sociólogo francês, todavia, defendia que quanto maior fosse a integração social, menor seria a aposta na repressão penal como mecanismo de solução dos conflitos sociais – tendência que, diante do fenômeno do expansionismo penal, se mostrou equivocada. O autor então buscará em Anthony Giddens a resposta para o equívoco de Durkheim, e a encontrará na circunstância de que a maior integração observada na modernidade, elevada a extremos em razão das transformações tecnológicas e sociais do processo de globalização, ao mesmo tempo aumentaram o alcance e a magnitude dos riscos, sobretudo em âmbitos estritamente técnicos (os “sistemas peritos”¹²⁰), em que a grande maioria da sociedade não pode compreender o seu funcionamento e é obrigada a confiar a sua segurança àqueles poucos que detém o controle e o conhecimento especializado necessário. Rassi (2014, p. 132-136) recorre, ainda, à David Garland e seus estudos sobre os mecanismos formais e informais de controle social, ideia que estaria diretamente ligada ao problema das ações neutras, cuja criminalização, na visão do autor, “pressupõe o envolvimento do cidadão comum na prevenção e fiscalização de delitos”. Rassi (2014, p. 138) sintetizará essas perspectivas sociológicas na ideia de que o estreitamento dos vínculos sociais fundamentará, em alguns casos, a criação de um vínculo jurídico-penal positivo – o chamado dever de solidariedade. Rassi (2014, p. 140) adverte, contudo, que esse dever de solidariedade não pode ser transformado em um dever de vigilância, que converta o cidadão, de forma generalizada, em garantidor do comportamento ilícito de terceiros. Em mais de uma passagem, o autor ressalta a importância de que tal dever de solidariedade esteja expressamente previsto em lei (*Ibid.*, p. 139; 141; 148).

Buscando aplicar os pressupostos acima ao problema das ações neutras, aduz Rassi (2014, p. 145-146) que a investigação deverá partir do tipo penal, mais especificamente da imputação objetiva. Argumenta que as ações neutras representam um incremento de risco para o fato do autor, tratando-se de ações perigosas. Caberá, portanto, avaliar em cada caso se esse incremento de risco é proibido ou permitido, a partir da pergunta sobre a existência de um

¹²⁰ Rassi (2014, p. 127) exemplifica a partir da utilização de aviões e elevadores, dos quais dependem inúmeras pessoas, ao mesmo tempo em que seu funcionamento é desconhecido pela maioria delas, obrigadas a confiar sua segurança àqueles que detém os conhecimentos especializados para construir, operar, fazer manutenção etc.

dever de solidariedade do partícipe naquela dada situação. A aferição do dever de solidariedade se dará em observância às disposições legais da omissão penalmente relevante (CP, art. 13, §2º), “como critério normativo para se avaliar se o incremento do risco ultrapassou os limites do permitido, tornando a conduta em princípio considerada neutra como punível” (*Ibid.*, p. 150).

O autor explica, sem muita elaboração, que o dispositivo não será invocado nesses casos como norma de extensão da tipicidade para os crimes omissivos impróprios, mas como um critério de conteúdo principiológico, para aferição da permissibilidade do risco. Assim, pouco importaria se a conduta de participação reputada neutra for omissiva ou comissiva; em qualquer dos casos, a extensão da tipicidade estará fundamentada na regra do art. 29, CP (*Ibid.*, p. 151). Nessa ordem de ideias, o art. 13, §2º, CP, passaria a desempenhar duas funções distintas: uma específica, enquanto fundamento para a punição dos crimes omissivos impróprios; e outra como critério de imputação para análise da valoração do risco, que será proibido sempre que o agente estiver em posição análoga a de garantidor. A conclusão do raciocínio é que a omissão penalmente relevante é o critério normativo de imputação objetiva que deve ser aplicado para diferenciar a participação punível das condutas neutras (*Ibid.*, p. 197).

3.3.1. Crítica

Em que pese o esforço do autor para encontrar na sociologia um fundamento para que a solidariedade social possa constituir fonte de deveres jurídicos, nem mesmo a tentativa de identificar o substrato desse dever de solidariedade objetiva parece ter sido bem-sucedida. Das teorias sociológicas abordadas pelo autor não se pode extrair, nem remotamente, um conceito de solidariedade social capaz de fornecer contribuições para os limites da participação típica. Com excesso de otimismo, poderiam ajudar a explicar o fenômeno do expansionismo penal, que repercutiria, inclusive, na ampliação dos espaços de intervenção punível. Contudo, não oferecem nenhuma resposta específica para o problema das ações neutras.

Fundamentar a existência de um dever social de solidariedade na omissão penalmente relevante é, no mínimo, controverso. De início, é evidente a violação ao princípio da legalidade ao fazer depender a tipicidade da participação de uma interpretação analógica da posição de garantidor. Esta consequência é tão óbvia que o próprio Rassi (2014, p. 152) tentou

se antecipar à crítica e justificou-a sob o argumento de que a tipicidade já estaria de qualquer forma estendida pelo art. 29, CP, a quem contribui “de qualquer modo”. Porém, se a norma do art. 29 fosse suficiente, nada mais haveria a se indagar para afirmar a responsabilidade penal. Se o autor se dedicou a investigar os limites à amplitude do art. 29, é porque reconhece que ele é insuficiente para definir todos os contornos da participação punível. E sua resposta impõe que estes contornos sejam dados por um dever de solidariedade imposto por analogia. Mais do que isso: a solução é incongruente porque as consequências jurídicas extraídas da posição de garantia são rigorosamente distintas àquelas atribuídas à contribuição ao injusto alheio. O garante que age e evita o resultado é impunível. Já o partícipe é punível desde a tentativa, como se depreende do art. 31, CP. A imprecisão do critério fica ainda mais explícita pelas casuísticas e nada uniformes respostas oferecidas aos problemas práticos expostos ao final da obra (*Ibid.*, p. 198-231).

3.4. Rossetto e a proibição de regresso

Rossetto (2021) desenvolve um estudo completo sobre a proibição de regresso, desde suas raízes, em Frank, enquanto limitadora da causalidade nos casos de favorecimento culposo do delito alheio, até o processo de normatização da proibição de regresso, que culminará nas modernas propostas de convertê-lo em um critério de imputação objetiva. Rossetto dá especial enfoque à proibição de regresso nas obras de Günther Jakobs (*Ibid.*, p. 116-136) e de Ricardo Robles Planas (*Ibid.*, p. 137-145), as quais adota como critério de limitação da intervenção punível. Uma vez que os critérios de imputação de Jakobs derivam de seu peculiar sistema de delito, Rossetto (2021, p. 118) explica que, para Jakobs, a infração penal é uma expressão comunicativa da negação da norma, que é questionada enquanto parâmetro válido de orientação social. Nesse cenário, a pena surge como reafirmação da vigência da norma enquanto modelo de conduta, de forma a assegurar a estabilidade das expectativas normativas. Como já afirmado neste estudo¹²¹ e reconhecido por Rossetto, tal análise prescinde de bens jurídicos como objeto de referência, posto que a estabilização do ordenamento jurídico é o único fim a ser alcançado pela imposição da pena. Por outro lado, implica que a responsabilidade penal não se contentará com a causação de danos, pois cumpre sempre avaliar se a evitação de tais danos integrava o papel social esperado do agente naquele

¹²¹ Ver nota 100.

dado contexto. Nas palavras de Rossetto, “somente a interpretação do significado de um comportamento no seu contexto social pode definir o seu caráter delitivo, bem como a eventual responsabilidade perante o comportamento de terceiros” (*Ibid.*, p. 123).

Rossetto (2021, p. 124-125) distingue na obra de Jakobs duas espécies de imputação objetiva: a *responsabilidade por organização* e a *responsabilidade por instituição*. A responsabilidade por organização – que compreende a maior parte dos casos de atos comissivos, além das hipóteses omissivas impróprias da ingerência e da assunção – corresponde ao dever, que incumbe a todos os cidadãos, de não organizar sua esfera de competência às custas dos demais, provocando, diretamente ou mediante o descumprimento de deveres de asseguramento, lesões à esfera jurídica de terceiros. Em regra, um agente que se mantenha nos limites normativos de sua esfera de organização não tem o dever de evitar danos a terceiros (o que incluiria o aproveitamento de suas prestações pelo autor principal para o cometimento do delito). Já a responsabilidade por instituição se refere a posições jurídicas dotadas de um *status* especial, em que o agente tem um dever positivo de preservar ou incrementar a situação de um bem, como os pais em relação aos filhos e o administrador público em relação aos bens públicos. Neste último caso, é menor a esfera de liberdade de atuação do agente, posto que submetido um dever de solidariedade institucionalizado.

Nesse contexto, o princípio da proibição de regresso é reconfigurado para definir sob quais condições um comportamento prévio pode se distanciar em relação ao plano criminoso de terceiros (*Ibid.*, p. 128). Se cada um só é responsável por seu próprio âmbito de organização, ninguém deverá responder por fatos que se encontram na esfera de organização de terceiros – isto é, quem atua primeiro não estará obrigado, em regra, a velar pelo comportamento (e pelo potencial aproveitamento ilícito) de quem atua em seguida. A exceção se dará quando for possível identificar uma esfera de organização comum, de modo que o injusto do autor principal possa se dizer também injusto do partícipe, como produto de uma obra comum, isto é, quando o comportamento anterior for especialmente adaptado ao plano delitivo ou só puder ser compreendido enquanto auxílio ao fato posterior (*Ibid.*, p. 130-131). Tal consideração se dará de forma independente dos conhecimentos que possua aquele que atua anteriormente sobre o plano criminoso do autor principal, a menos que faça parte de seu papel social adquirir conhecimento sobre os riscos da sua conduta. Isso porque não se pode frustrar expectativas normativas onde tais expectativas não existem, de modo que os conhecimentos alheios ao papel social do autor não serão relevantes para determinar uma atuação conforme as expectativas normativas (*Ibid.*, p. 131-132).

Rossetto (2021, p. 132-133) argumenta que uma importante consequência do raciocínio de Jakobs reside no abandono de qualquer distinção qualitativa entre autoria e participação; para fins de imputação, a diferença entre o executor e os demais intervenientes será apenas quantitativa. Sob a perspectiva de que a autoria é um conceito normativo, não haveria razão para diferenciar a realização direta do fato principal de qualquer outra forma de contribuição para o fato. Assim, a distinção entre autoria e participação seria um problema de aplicação da pena, e não de imputação. Rossetto registra que uma concepção desatrelada do conceito restritivo de autor desperta particular interesse para o direito brasileiro, tendo em vista que nosso Código Penal teria optado por não distinguir expressamente a autoria da participação. A resposta sobre os limites entre o punível e impunível, portanto, não passaria pela definição das formas de participação (*Ibid.*, p. 132). Em síntese, Rossetto afirma que a proposta de Jakobs pode ser resumida nos seguintes termos: “a causação evitável de delitos praticados por terceiros cederá diante da proibição de regresso, salvo quando essa atuação prévia for organizada com sentido delitivo seja pela sua adaptação aos planos do executor ou nas hipóteses em que ela só puder ser interpretada como parte desse plano”.

Em seguida, Rossetto (2021, p. 138) passa a examinar a proposta de Robles Planas, para quem o tradicional modelo de intervenção punitiva teria grande dificuldade em se conciliar com as formas mais complexas de interação que caracterizam os tempos atuais, como na chamada intervenção vertical – as condutas de cada interveniente situadas em diferentes níveis de uma organização hierarquizada –, na delegação de funções, nas decisões colegiadas etc. Aduz Rossetto que o professor espanhol identifica nas ações neutras duas características principais: de um lado, elas seriam caracterizadas pela execução de papéis, padrões ou atuações estereotipadas; de outro, a maioria dos que realizam tais ações tem conhecimento de sua idoneidade para produzir, direta ou indiretamente, um resultado delitivo. Robles Planas procura equacionar a matéria a partir do tipo objetivo, pois critica as teorias subjetivas por extraírem deveres de autocontenção a partir do mero conhecimento do plano do autor, o que violaria o *cogitationis poenam nemo patitur* (*Ibid.*, p. 139).

Para Rossetto, a proposta desenvolvida por Robles Planas, a exemplo da proposta de Jakobs, é particularmente propícia ao direito brasileiro, pois o autor sustentaria que o fundamento da punição da participação é o mesmo que o da autoria. Se os tipos da parte especial abrangem todas as formas de intervenção delitiva, a pergunta pelos fundamentos do injusto da participação deixa de ter relevância (*Ibid.* p. 140). Em outras palavras, o partícipe e o autor violariam a mesma norma de conduta. Mas é preciso fundamentar a razão de tal violação ser imputada ao partícipe que pratica atos anteriores ao início da execução do delito.

Praticamente qualquer conduta pode, abstratamente, favorecer ou ser indevidamente aproveitada por outrem na consecução de um delito. Nem por isso existiria uma proibição generalizada de favorecer comportamentos ilícitos alheios. Esta responsabilização, por representar considerável restrição na liberdade de agir, só poderia ocorrer em casos excepcionais.

Seriam duas as exceções defendidas por Robles Planas: a primeira diz respeito à existência de um dever específico de evitar o resultado, o que se dá quando o agente tiver um dever de vigilância sobre determinadas coisas ou pessoas (posição de garantidor); a segunda consiste na configuração da conduta como parte do fato delitivo. Em geral, o oferecimento de coisas ou prestações disponíveis a qualquer pessoa não gera nenhum risco especial; todavia, quando houver uma especial adaptação da prestação ao plano delitivo, pode-se considerar que há algo em comum na conduta do partícipe e do autor principal, a justificar a imputação pela violação da mesma norma de conduta. Alguns critérios poderão auxiliar na identificação da adesão ao plano delitivo, como a proximidade da prestação com o início da execução (*Ibid.* p. 143-144). À guisa de síntese conclusiva, Rossetto afirma que as formulações tradicionais do princípio da proibição de regresso, tanto na construção original de Frank quanto na maioria dos desenvolvimentos posteriores, não oferecem soluções dogmáticas consistentes sobre os limites da intervenção punível. As propostas de Jakobs e de Robles Planas, por outro lado, apresentariam um caminho promissor para a restrição da incriminação de comportamentos neutros. Tal restrição seria desejável porque “não há como cogitar um dever genérico de evitar delitos alheios sem incorrer numa problemática promoção de deveres de solidariedade através do Direito Penal” (*Ibid.*, p. 145-146).

3.4.1. Crítica

O estudo de Rossetto tem profundidade teórica e tem o grande mérito de analisar com clareza e rigor o desenvolvimento da proibição de regresso e a proposta de Jakobs, sem cair em reducionismos e incompreensões que, como ele mesmo registrou, não são infrequentes. Seu maior defeito talvez seja a falta de fundamentação de sua opção teórica. Se o ganho na adoção dos modelos de Jakobs e Robles Planas deriva de seu suposto potencial redutor da incriminação das condutas neutras, como o autor dá a entender em sua conclusão intermediária, falta explicar por que tais teorias seriam superiores às demais diversas

propostas que também propõe critérios restritivos, ou pelo menos justificar a adoção deste particular sistema de delito, assumindo todas as suas repercussões, que não se limitam ao problema sob investigação – tarefa provavelmente ainda mais ingrata. Alguém poderia objetar que esta é uma crítica injusta, pois a mesma justificação não é exigida de quem opera com marcos teóricos menos heterodoxos. E talvez a objeção faça sentido. Mas a falta de justificação obriga o crítico a apontar no mensageiro os defeitos da mensagem.

Não nos parece possível afirmar, de forma tão categórica como o fez Rossetto, que o modelo proposto seja necessariamente restritivo. Se é verdade que pode ser restritivo em determinadas situações, sobretudo em alguns dos casos-modelo frequentemente estudados no tema das ações neutras, também é verdade que a desconsideração do bem jurídico abre as portas para a criminalização de meras desobediências, de descumprimento de deveres sem nenhum risco, nem mesmo potencial, a bens juridicamente protegidos. Se do mero conhecimento do autor não deriva, em geral, nenhuma consequência, há situações em que, a depender do papel social atribuído ao agente, o conhecimento se converte em um dever cujo descumprimento é penalmente sancionável. Além disso, como já exposto ao longo do capítulo 2 deste estudo, discordamos da compreensão segundo a qual o nosso Código Penal adotou um conceito extensivo de autor e, por coerência, não nos parece adequada a indistinção entre o injusto do autor e o do partícipe. Se autor e partícipe violassem, da mesma forma, a mesma norma de comportamento e se a punibilidade de todas as formas de intervenção no delito já pudessem ser diretamente derivadas dos tipos da parte especial, não precisaríamos da norma de extensão do art. 29, CP.

As críticas de Robles Planas acerca das teorias subjetivas estão apenas parcialmente corretas. É verdade que fazer depender o injusto apenas do conhecimento e das intenções do partícipe seria uma sobrevaloração de aspectos internos do agente. As propostas que procuram resolver o tema das ações neutras *apenas* com base nestes elementos são, de fato, insuficientes. Mas daí não decorre que o problema possa ser solucionado apenas no tipo objetivo. Como reiteradamente afirmado ao longo deste trabalho, há uma razão para que o tipo penal seja composto por momento objetivo e outro subjetivo; ignorar o segundo é incorrer na mesma miopia, com o sinal invertido, de quem ignora o primeiro.

3.5. Idoneidade e sentido delitivo: a construção de Paula Brener

As reflexões de Brener (2021) podem ser divididas em duas facetas. De um lado, a autora incorpora o arcabouço teórico de Greco em praticamente todos os seus fundamentos¹²². Assim é na escolha por uma teoria objetiva (Brener, 2021, p. 139-141), na justificativa por uma solução no âmbito da imputação objetiva e, mais especificamente, no setor da valoração jurídica do risco (*Ibid.*, p. 142-146) e na adoção do critério da idoneidade como critério negativo, apto a afastar a tipicidade objetiva nos casos em que a proibição não for idônea para melhorar a situação do bem jurídico (*Ibid.*, p. 150-156). Brener (2021, p. 157) percebe, de outro lado, a insuficiência explicativa do critério da idoneidade, que reputa consequencialista, e passa a investigar uma razão deontológica que possa conformar positivamente o conteúdo da participação criminal. Para tanto, Brener retoma o critério do sentido delitivo, explicando os diferentes contornos que este critério assumiu nas obras de Jakobs (*Ibid.*, p. 158-161), Roxin (*Ibid.*, p. 162-166), Lopez Peregrin (*Ibid.*, p. 166-167) e Frisch (*Ibid.*, p. 168-171), antes de expor seu desenvolvimento pessoal sobre o tema.

Brener (2021, p. 172) toma a tipicidade da participação como o ponto de partida de sua investigação, tendo em vista a função atribuída ao tipo penal de assegurar espaços de neutralidade e liberdade da ação humana, a partir da descrição abstrata dos comportamentos penalmente proibidos. Afirma a autora, todavia, que a tarefa é dificultada pela ausência de tipos específicos de participação na parte especial, o que demanda uma análise sistemática do Código Penal. Brener principia argumentando que, se a causalidade (CP, art. 13) é o ponto de partida, posto que imprescindível para fundamentar a punição do partícipe, não é ela suficiente. O fundamento da responsabilidade dos demais intervenientes (que não são autores ou coautores) pode ser encontrado no art. 29, CP, que preconiza a punição de todos aqueles que concorrem para o crime. Aduz Brener (2021, p. 173) que a palavra “concorrer” significa mais do que a simples causação do resultado; indica, sim, “a cooperação para o resultado, o comportamento de se juntar à ação principal, dela tomando parte”.

Mas esta norma de extensão da tipicidade ainda não basta para compreender os contornos da participação típica. Brener encontra no art. 31, CP, um rol taxativo de formas de concorrer para o injusto alheio – o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio¹²³. Para o tema das ações neutras, o que importa é determinar o significado jurídico-penal do auxílio, que, de acordo com Brener (2021, p. 173-174), corresponde às ações de favorecimento ou facilitação do injusto alheio, que expressam sentido delitivo próprio na medida em que se conformam enquanto prestação de ajuda para o resultado. Ausente o sentido delitivo da

¹²² Para evitar repetições desnecessárias, ver item 3.1 supra.

¹²³ O argumento remonta à tese de Beatriz Corrêa Camargo (ver item 2.5 supra).

prestação, estar-se-á diante de uma ação neutra (termo aqui empregado como conotação de atipicidade). Para que o auxílio possa ser imputado ao partícipe também como obra sua, enquanto *concurso* (e não simples *concausa*) para o crime, a prestação deve se relacionar significativamente com o delito. Nas palavras de Brener (2021, p. 177), “é preciso que o comportamento integre o injusto como uma unidade de sentido, ou seja, que a conduta apresente sentido delitivo desde o princípio, vinculando-se ao plano do autor [...]”. Este sentido delitivo deve ser perquirido a partir da análise objetiva da utilidade que produz. Terão sentido delitivo aquelas condutas cuja utilidade se esgota no favorecimento do delito, ou seja, cuja única funcionalidade em um dado contexto seja o favorecimento objetivo do plano do autor principal. Por outro lado, as condutas acessórias que criem utilidades legítimas se mantêm nos limites do risco permitido, e o seu aproveitamento ilícito só pode ser imputado ao arbítrio do autor. Por “utilidade” deve ser entendido aquilo que se pode aproveitar de algum objeto ou situação (*Ibid.*, p. 178-179).

Brener (2021, p. 188) consolida sua posição estabelecendo que tipicidade do auxílio nos casos limítrofes que integram o espectro das ações neutras deve ser avaliada a partir dos limites entre o risco permitido e o proibido, que será apurado por um duplo filtro. No primeiro, orientado pelo critério da idoneidade, deverá se indagar se haveria uma melhora relevante para a situação do bem jurídico caso o agente não tivesse praticado a conduta. Se esta primeira pergunta for respondida negativamente, nada mais haverá a se investigar, posto que o risco criado não poderá ser considerado proibido. Caso superado o primeiro filtro, caberá ainda indagar se a conduta se integrou ao fato principal, em uma relação instrumental com sentido delitivo de auxílio. Somente se esta segunda pergunta também for respondida positivamente, ou seja, se a utilidade do aporte se esgotar no favorecimento do injusto, é que se poderá falar na criação de um risco proibido para o bem jurídico.

3.5.1. Crítica

De todos os teóricos brasileiros que foram e serão apresentados neste estudo, a proposta de Paula Brener é a que mais se aproxima do modelo que consideramos ideal – ao menos no que diz respeito às soluções práticas que possibilita, abstraindo-se algumas divergências teóricas e sistemáticas. A parcela de sua teoria que incorpora os pressupostos teóricos de Greco herda os seus méritos e as suas fragilidades, já analisadas no item 3.2.1

supra, para o qual remetemos o leitor. Já o seu critério do sentido delitivo, sob a ótica da utilidade objetiva da conduta do partícipe, toca, a nossa ver, o âmago do incômodo gerado pelas chamadas ações neutras, que fez com que o tema tenha sido objeto de tamanha atenção e estudo da dogmática penal. Brener percebe que não é somente a apriorística atipicidade ou normalidade da conduta que conduzirá à irrelevância penal da participação – afinal, esta é uma característica inerente à participação criminal, cuja punição só encontra fundamento na regra de extensão da tipicidade do art. 29, CP. O que distingue uma contribuição efetivamente neutra de outra que o é apenas no nível da aparência, é que a primeira tem uma utilidade legítima perseguida por quem a pratica, enquanto a última só pode ser explicada em virtude de seu favorecimento ao injusto de terceiro.

Parece-nos, todavia, que o critério da idoneidade é absolutamente desnecessário para a sua teoria. Dificilmente uma contribuição dotada de sentido delitivo, ou seja, uma contribuição especialmente ajustada ao plano do autor, que só possa ser explicada pelo favorecimento ao fato principal, não significará uma piora na situação do bem jurídico. Contribuições dotadas desta significação, por seu próprio caráter de concurso ao delito, não podem ser tão facilmente obtidas – isto é, possuem reduzida *ubiquidade*, na terminologia empregada por Greco. Mesmo se assim não fosse, Brener parte da ideia correta de que a definição dos limites da tipicidade da participação pressupõe uma interpretação sobre o significado jurídico-penal do auxílio e, para tanto, dialoga com a filosofia analítica e com as contribuições teóricas de Kindhäuser para chegar ao seu critério do sentido delitivo (*Ibid.*, p. 180-186). O mesmo caminho metodológico já seria suficiente para construir um conceito de auxílio enquanto favorecimento efetivo das possibilidades de realização do delito pelo autor principal, para além daquilo que, por sua elevada disponibilidade, já integra o campo causal de atuação do autor (Kindhäuser, 2014). Uma tal solução teria a vantagem da uniformidade teórica e da simplificação prática, pois não seria necessário cindir a análise em um critério negativo e um critério positivo, já que um bem construído tipo de auxílio bastaria para definir os limites entre a intervenção punível e a neutra.

Além disso, a insistência em enclausurar a solução no âmbito do tipo objetivo conduz a soluções contraditórias na análise de casos hipotéticos narrados pela autora. Na variante 3 do caso 1,¹²⁴ Brener (2021, p. 202) afirma o sentido delitivo da conduta ao considerar que, dado o contexto da rixa na frente da loja, a utilidade da faca é unívoca, vinculando-se ao

¹²⁴ “Inicia-se uma violenta rixa em frente a uma loja de utensílios domésticos. R entra sujo, amarrotado e bufando, solicita uma faca de churrascos, sendo prontamente atendido pelo vendedor V, o qual, interessado em bater sua meta de vendas, diz para si mesmo ‘não é problema meu’. Na sequência, R assassina dois indivíduos que participavam da rixa. Punibilidade de V” (Brener, 2021, p. 201).

contexto da rixa. Em ato falho, talvez intuindo a insuficiência do raciocínio, complementa-o afirmando que o vendedor *assumiu o risco de realização do resultado*, pelo que agiu com *dolo eventual*. Esta última assertiva bastaria para descartar a ideia de que a solução pode se limitar ao tipo objetivo, mas as contradições se agravam ao comparar-se este exemplo com a solução de outros casos hipotéticos. No caso 3¹²⁵ (*Ibid.*, p. 204-206), a autora nega o sentido delitivo da conduta do sócio-gerente da empresa fornecedora de sondas sob o argumento de que o negócio jurídico celebrado e o fornecimento de sondas possuem inúmeras utilidades legais. Mas a venda da faca no primeiro exemplo também não possuía utilidades legais? Uma delas, o cumprimento da meta de vendas, está descrita no próprio enunciado. O comprador, em tese, também poderia utilizar a faca com a finalidade legítima de tentar fazer cessar a rixa ou de defender um inocente transeunte que acabou sendo confundido e agredido como se da rixa estivesse participando. A única diferença que se pode cogitar entre os casos é que, diante da distância espaço-temporal entre a prestação e o possível resultado delitivo, o primeiro caso oferecia ao vendedor um conhecimento muito mais seguro sobre o aproveitamento ilícito da sua contribuição do que, no segundo caso, possuía o sócio-gerente da empresa fornecedora de materiais. E isso faz com que a autora afirme a indiferença do primeiro em relação ao bem jurídico, e não o faça em relação ao segundo, embora ambos tenham se valido da máxima “não é problema meu”. Tal critério, ocultado ou disfarçado na solução dos casos hipotéticos, é em grande medida *subjetivo*.

3.6. Ações neutras sob a perspectiva de delitos ou agentes específicos

3.6.1. As ações neutras em face do crime de lavagem de dinheiro

¹²⁵ “A empresa Sondas Ltda. tem por finalidade o fornecimento de maquinário especializado em sondagens do solo para que ateste a estabilidade de barragens. S, sócio-gerente da Sondas Ltda., toma conhecimento pela televisão sobre o rompimento de uma barragem de rejeitos de uma de suas principais clientes, a Mineradora M. A mesma reportagem mencionava fraude nos relatórios de estabilidade de barragens, indicando o risco de rompimento de todo o complexo de barragens de M. Não obstante as reportagens televisivas, o sócio-gerente de S decide renovar o contrato com os diretores de M, dizendo para si mesmo ‘não é problema meu’. Alguns meses depois, ocorre novo rompimento de barragens de rejeitos, novamente constatando-se dados irregulares nos relatórios de estabilidade. Os diretores de M são denunciados pelo cometimento do crime de desmoronamento qualificado pelo resultado morte (art. 256 c/c art. 258 do CP). Punibilidade de S, sócio-gerente da Sondas Ltda.?”

Lima (2014)¹²⁶ inicia a exposição de seu posicionamento pessoal optando por uma teoria objetivo-subjetiva. No âmbito do tipo objetivo, o autor adota o critério da idoneidade da conduta para a ofensa ao bem jurídico, levando em consideração os conhecimentos especiais do agente ao tempo do fato. No tipo subjetivo, exige a identificação de “uma conexão de risco que evidencie uma referência de sentido delitivo (dolo direto) ou a inclinação reconhecível ao fato (dolo eventual)”. Lima (2014) parece empregar o termo com o significado que lhe atribuiu Roxin, para quem haverá uma referência de sentido delitivo sempre que a prestação favorecer uma ação que, em si, possui natureza delitiva; ou quando favorecer uma ação que, embora de natureza legal, não tenha para o autor nenhum outro significado além de possibilitar ou favorecer o delito (Roxin, 2014, p. 292-293). Lima (2014) argumenta que as ações neutras são, em regra, condutas penalmente atípicas, desde que se mantenham nos limites éticos da liberdade profissional. Todavia, caso estes limites sejam excedidos, associando-se o agente à prática delitiva sob a aparência de livre exercício profissional, de uma forma idônea para afetar o bem jurídico e com a presença do elemento subjetivo da participação, a conduta adquirirá relevância jurídico-penal.

Lima (2014) argumenta que a discussão acerca dos limites da participação punível nos casos de ações neutras ganha especial relevância na seara dos crimes econômicos, como o branqueamento de capitais, em que a distinção entre os limites do proibido e do permitido são frequentemente complexas, posto que se refere a condutas que se inserem no âmbito de atividades econômicas normais. O autor passa então a estudar as tipologias do crime de lavagem de dinheiro e, em seguida, à aplicação da dogmática penal das ações neutras aos problemas particulares deste delito. Suas reflexões partem da seguinte indagação: o agente que infringe deveres especiais, como aqueles impostos às instituições obrigadas pelo art. 9º, da Lei nº 9.613/98, comete crime de lavagem de dinheiro? Não se estaria, nesse cenário, impondo a entidades privadas deveres que pertencem ao Estado, ampliando-se exageradamente a posição de garantidor? Lima (2014) defende que a criminalização da conduta depende da demonstração, no caso concreto, da adesão do agente financeiro ao plano delitivo do autor, com a ciência da origem ilícita dos ativos. Afirma que haverá uma relação de sentido delitivo, por exemplo, quando um agente econômico infringe sistematicamente o dever de comunicar operações suspeitas aos órgãos de controle e, em uma dada situação, operacionaliza a transferência de um significativo aporte financeiro para contas situadas em centros *off shore*.

¹²⁶ Para esta pesquisa, foi consultada a versão digital da obra (*E-book*), desprovida de paginação.

Lemos (2018) adota um modelo similar para a tipicidade da cumplicidade nas ações neutras. Argumenta que a participação será típica se a conduta exceder um risco permitido que se realiza no resultado; se a proibição for idônea à proteção do bem jurídico; e se houver sentido delitivo na conduta – critério que o autor identifica como a mera presença do dolo (*Ibid.*, p. 91). No crime de lavagem de capitais, os limites do risco permitido devem ser avaliados com especial referência às normas legais de cooperação (*Ibid.*, p. 90). Com base nestes critérios, Lemos analisa dois *cases*: o do advogado que recebe honorários de origem ilícita; e o do *compliance officer* que omite informações que deveria reportar aos órgãos de controle. Entende Lemos (2018, p. 94-113) que o advogado não possui o dever de informar movimentações atípicas aos órgãos de controle e que o exercício da advocacia, enquanto situado dentro dos limites regulamentares, configura risco permitido pelo ordenamento jurídico. Ademais, dada a elevada ubiquidade da prestação de serviços advocatícios, a proibição não seria idônea à proteção do bem jurídico. A exceção caberia aos casos em que o advogado se valer do exercício profissional para auxiliar na lavagem de capitais de outrem (p. ex., mediante contratos de honorários simulados). Já com relação ao *compliance officer*, compreende o autor que inexistente fundamento no direito brasileiro para que este profissional seja considerado garantidor, de modo que deve ser investigada sua eventual cumplicidade por omissão. Defende Lemos (2018, p. 133-136) que, nesses casos, a análise do tipo subjetivo da participação se revela essencial para distinguir a hipótese de mera irregularidade administrativa da hipótese em que há ajuste prévio com o autor acerca da omissão de notificação.

Cardoso (2019)¹²⁷ investiga o fenômeno das ações neutras com enfoque na contribuição à lavagem de dinheiro pela prestação de serviços contábeis. O autor argumenta que, diante da necessidade de proteção das relações profissionais lícitas, nem todo aporte ou colaboração prestada ao autor da lavagem de dinheiro deverá ser considerado um ato típico de cumplicidade. Cardoso (2019) distingue entre ações cotidianas, entendidas como aquelas decorrentes da atividade humana regular em comunidade - que podem, a depender do contexto, configurar cumplicidade -, e ações neutras, terminologia que o autor reserva às colaborações ao injusto alheio que não configuram participação punível. Cardoso (2019) alega se filiar à teoria de Greco para afirmar que a prestação de serviços contábeis, para que seja imputada a título de cumplicidade, deve “incrementar por meio de um risco juridicamente desaprovado o comportamento do autor”. Assim, não haverá imputação quando a conduta diminuir ou não incrementar o risco de lesão ao bem jurídico, ou, havendo incremento do

¹²⁷ Para esta pesquisa, foi consultada a versão digital da obra (*E-book*), desprovida de paginação.

risco, o risco não seja juridicamente desaprovado. O risco será juridicamente desaprovado se extrapolar o juízo de ponderação entre o interesse geral de liberdade profissional e o interesse de proteção de bens jurídicos. Por outro lado, o risco será permitido quando desenvolvido conforme os padrões normativos que regulamentam a atividade profissional.

Cardoso (2019) alega que Greco teria formulado dois “questionamentos importantíssimos” para a solução do problema das ações neutras: o primeiro, “relacionado ao pressuposto que se pode declarar permitido o risco criado pela ação cotidiana”; o segundo, “refere-se ao fundamento político-criminal da isenção de pena para os casos de cumplicidade por ações neutras” - o critério da idoneidade. Afirma, ainda referindo ao critério da idoneidade, que “tratando-se de comportamentos profissionais cotidianos de caráter lícito, a proibição de sua prestação colide frontalmente com o próprio direito que garante a liberdade profissional, sugerindo a inutilidade da proibição”. Aplicando-se tais pressupostos à prestação de serviços contábeis, Cardoso (2019) afirma que o exercício profissional do contador estará dentro do risco permitido quando exercido de acordo com as normas de cuidado exigíveis. O autor sublinha a importância da análise sobre a violação do dever normal de cautela. Aduz que o agente deverá analisar o risco no caso concreto, identificando se a operação foge dos padrões exigidos normativamente.

3.6.1.1. Crítica

Percebe-se, de forma geral, que boa parte dos casos estudados no âmbito da lavagem de dinheiro se refere a problemas de autoria, e não de cumplicidade. Isso fica muito claro na investigação da responsabilidade das pessoas obrigadas a prestar informações e na responsabilidade penal do *compliance officer*, que dependem da consideração sobre a existência de uma posição jurídica de garantia (art. 13, §2º, CP), que possibilitaria a imputação a título de omissão imprópria. Há, porém, casos-problema efetivamente relevantes para o tema em estudo, como o do recebimento de honorários advocatícios de origem ilícita e o da prestação de serviços contábeis que contribuem para a prática de lavagem de dinheiro. Tratando-se de âmbitos profissionais fortemente regulados, a tendência revelada por todos os autores de avaliar a permissão ou proibição do risco em face das normas aplicáveis à atividade parece correta e promissora. Nenhuma das propostas, contudo, parece coerente em todos os seus fundamentos.

Não há muito a se criticar na obra de Lima (2014) porque também não há muitas ideias originais (o que não é, em si, um defeito). Sobre o critério da idoneidade, já formulamos as críticas cabíveis no item 3.1.1. A perspectiva de sentido delitivo adotada pelo autor é particularmente imprecisa, sobretudo nas hipóteses de dolo eventual. Se a própria definição do conteúdo do dolo eventual já é um dos mais espinhosos problemas de teoria do delito, ainda mais dificultada será a tarefa de selecionar, nesta zona nebulosa, aqueles casos em que há uma reconhecível inclinação ao fato delituoso. O próprio Roxin substituiu as referências ao dolo direto e ao dolo eventual por conhecimento seguro do plano delitivo do autor (Roxin, 2014, p. 292-293) ou mera suspeita sobre o plano delitivo do autor (*Ibid.*, p. 299-301). Neste último caso, inexistiria cumplicidade típica, em regra, pela aplicação do princípio da confiança – ninguém está obrigado a contar com o comportamento ilícito alheio. O princípio da confiança, todavia, não se aplica nos casos em que há uma reconhecível inclinação ao delito (Roxin, 1997, p. 1007). Formulado nestes termos, trata-se de critério de tipicidade objetiva – e não subjetiva, como empregado por Lima (2014). Ainda assim, não seria um problema a utilização do sentido delitivo como um critério subjetivo. Já demos a entender, na avaliação crítica da obra de Paula Brener, que é assim que o compreendemos – ideia que será desenvolvida ao final deste capítulo. O problema é que Lima não apresenta o conceito de uma forma que possa ser manejado com algum grau de precisão, isto é, não oferece critérios seguros para a identificação do sentido delitivo que preenche o tipo subjetivo da participação.

Lemos (2018) parece apenas empilhar critérios de imputação sem muita reflexão ou sistematicidade. O autor alega exigir três requisitos: i) um risco proibido que se realiza no resultado; ii) a idoneidade da proibição para proteção do bem jurídico; e iii) uma referência de sentido delitivo. O princípio da idoneidade, de acordo com a teoria de Greco, é um critério de valoração do risco no âmbito da imputação objetiva. Se já no primeiro requisito Lemos investiga a permissão ou proibição do risco, e até mesmo a realização do risco no resultado (que já é uma questão de desvalor do resultado), sobre qual componente do tipo objetivo influenciará a idoneidade da proibição? Lemos (2018, p. 91) tem razão quando afirma que o elemento subjetivo da participação é exigência do art. 18, I, CP. Não há nenhum ganho, porém, em referir ao sentido delitivo da conduta (expressão polissêmica no âmbito da teoria do delito) como sinônimo de dolo direto, sem atribuir-lhe nenhum significado que auxilie na sua identificação no caso concreto e igualmente sem resolver o problema do dolo eventual, que também integra o art. 18, I, CP.

Talvez a principal crítica à obra de Cardoso (2019) seja a de que o autor parece não ter bem compreendido a teoria de Greco, a qual alega se filiar. A incompreensão se revela desde as diversas considerações sobre incremento ou não de risco no exercício de atividades contábeis – Greco (2004, p. 116-119) considera que sempre haverá incremento do risco no grupo de casos das ações neutras –, passando pela equivocada assertiva de que o autor adota o pressuposto de que é permitido o risco criado pelas ações cotidianas – Greco (2004, p. 107-110) opera com um conceito de ações neutras que nada antecipa sobre a tipicidade da conduta ou sobre a permissividade do risco criado –, e desaguando na descrição do critério da idoneidade como fundamento político-criminal da *isenção de pena* nos casos de ações neutras – Greco (2004, p. 142-143) o adota como critério de *valoração do risco*, no âmbito do *tipo objetivo*, mais especificamente da imputação objetiva. Cardoso (2019) ainda menciona a ponderação de interesses para a valoração do risco – critério que remete a Lüderssen ou Wohlleben, incompatível com a posição a que Cardoso afirmou se filiar - e refere a “normas de cuidado exigíveis” e um “dever de cautela” de profissional de contabilidade como parâmetro de valoração do risco – tipologia aplicável aos delitos culposos, impertinente no âmbito da participação criminal, que deve ser dolosa. Esta miscelânea teórica não oferece critérios seguros para delimitar a cumplicidade típica.

3.6.2. Ações neutras e a responsabilidade penal pela cadeia de fornecedores

Santos (2022, p. 85) se propõe a estudar as ações neutras como paradigma para a apuração da responsabilidade penal dos dirigentes de uma empresa que contribuiu para os crimes praticados por outra empresa situada na mesma cadeia de fornecedores. Por cadeia de fornecedores, o autor compreende “toda a rede de relacionamento de fornecedores que suprem as necessidades de uma empresa para o pleno desenvolvimento de sua atividade” (*Ibid.*, p. 95). Para delimitar o objeto da investigação, Santos (2022, p. 96) esclarece que o estudo se concentra na responsabilidade dos administradores na relação da empresa com pessoas externas, com quem mantém relação econômica; não foi estudada, por outro lado, a responsabilidade do administrador na relação com seus subordinados, ou seja, por fatos internos à pessoa jurídica.

Santos argumenta que o administrador da empresa é portador de deveres fiduciários, impostos pelo Código Civil e pela Lei n.º 6.404/76, que o colocam em uma posição de

garantidor (*Idem*). A posição de garantia seria justificada, ainda, pela ingerência sobre uma fonte de perigo, uma vez que a atividade empresarial possui riscos inerentes ao seu desenvolvimento, que impõem, portanto, um dever de cuidado e diligência aos administradores (Santos, 2022, p. 75-76). Assim, o que fundamenta a responsabilidade penal individual do administrador é a inobservância dos deveres fiduciários, seja pela prática de conduta comissiva ou omissiva imprópria (*Ibid.*, p. 77). Santos (2022, p. 80-81) afirma que, a depender do contexto, o administrador poderá responder a título de autoria, coautoria ou participação, mas explica que a coautoria terá menos relevância para seu objeto de pesquisa, uma vez que pressuporia um plano comum entre os agentes, enquanto na hipótese investigada os administradores das empresas na cadeia de fornecimento teriam finalidades distintas, aproveitando-se um deles da contribuição do outro para praticar o injusto. O administrador será autor quando realizar diretamente o núcleo do tipo penal (*Ibid.*, p. 81) ou por omissão imprópria, quando tiver um dever de agir (*Ibid.*, p. 82). Responderá como partícipe, por outro lado, quando não ostentar um dever de garantia, mas descumprir uma obrigação específica relacionada à atuação da empresa, cuja observância poderia impedir ou dificultar a prática do delito pelo terceiro (*Ibid.*, p. 83-84).

Ao tentar estabelecer os critérios para a responsabilidade penal do administrador por crimes praticados no âmbito de uma cadeia de fornecedores, Santos (2022, p. 96-97) principia ressaltando a importância da imputação objetiva. Afirma que, ainda que não exista unanimidade acerca do conteúdo da imputação objetiva, seria possível chegar a resultados semelhantes a partir de caminhos distintos. Assim, aplicando-se a teoria dos papéis de Jakobs ao problema de pesquisa, deve-se levar em conta não o que o administrador conhece, mas o que deveria conhecer em razão do seu papel. E uma vez o titular da empresa tenha cumprido seu papel de modo socialmente aceito, ou seja, tenha observado seus deveres fiduciários na relação com a cadeia de fornecedores, será excluída a tipicidade objetiva da conduta. Defende, assim, que “ao analisar a conduta de algum integrante na cadeia de fornecedores que contribuiu para a prática criminosa de outro, deve-se constatar ‘se um homem prudente, dotado de conhecimentos, especiais, em um momento anterior à ação, a consideraria perigosa, identificando a possibilidade de uma lesão ao bem jurídico’” (*Ibid.*, p. 97-98). A este critério, adiciona a *teoria da idoneidade*, que descreve como *critério positivo do risco proibido*. Argumenta que o descumprimento dos deveres fiduciários aumenta consideravelmente o risco, tornando-o proibido, de modo que a proibição passa a ser idônea à proteção do bem jurídico (*Ibid.*, p. 98). Afirma, ainda, que a tipicidade objetiva da conduta do administrador que, em posição de garantidor, negligenciou os deveres fiduciários e auxiliou no crime de

terceiro independará de conhecimentos específicos, tendo em vista que decorre de seu dever de garante. Mesmo quando o administrador desconhecer o plano delitivo do terceiro, portanto, responderá penalmente (*Idem*).

3.6.2.1. Crítica

Pode-se reconhecer um mérito no trabalho de Santos: ter identificado um grupo de casos em que a individualização da responsabilidade penal é ainda mais tormentosa, porque agrega a complexidade da participação criminal por ações neutras à já dificultada análise da responsabilidade penal do administrador por crimes praticados no âmbito da empresa. Parece-nos, contudo, que Santos não chegou nem perto de oferecer respostas satisfatórias ao problema. É nítido que o autor primeiro pensou em um critério definidor da responsabilidade penal (a inobservância dos deveres fiduciários), para depois tentar justificá-lo. Além de invocar penalistas com posições radicalmente diferentes sobre o tema (Como Jakobs e Greco, Brener e Robles Planas), como se todos respaldassem suas conclusões, o autor, por vezes, desfigura as ideias de tais doutrinadores para encaixá-las naquele que, na verdade, é seu único critério de imputação: o descumprimento dos deveres fiduciários pelo administrador. Isso fica particularmente evidente no trecho em que o autor extrai do critério da idoneidade a conclusão de que o descumprimento dos deveres do administrador incrementa consideravelmente o risco, tornando-o proibido. A uma, Santos deriva a proibição do risco diretamente de seu incremento, o que acaba por fundir os setores da criação e da valoração do risco, esvaziando o último; a duas, Santos ignora o principal vetor do princípio da idoneidade, que diz respeito à ubiquidade da prestação.

Além disso, não há sentido em se adotar a teoria dos papéis e o critério da idoneidade, como requisitos distintos e sequenciais, se o que importará na análise de ambos será sempre a observância ou o descumprimento dos deveres fiduciários. O princípio da autorresponsabilidade e o princípio da confiança, também elencados por Santos como relevantes na determinação da participação punível, não desempenham papel algum. Que cada um só pode responder pelo desvalor da própria conduta, nada informa sobre em que hipóteses a ação individual que contribua para o injusto alheio pode ser imputada ao agente. E como poderia incidir o princípio da confiança se o autor insiste que, diante da posição de garantia, o conhecimento do partícipe sobre o plano do autor principal é irrelevante? O estudo incorre,

ainda, em inúmeras contradições internas, que parecem derivar do ecleticismo teórico: ora dispensa os conhecimentos especiais (*Ibid.*, p. 97; 99), ora os exige (*Ibid.*, p. 66; 97-98); ora deriva a posição de garantia do administrador da lei (*Ibid.*, p. 96), ora da ingerência (*Ibid.*, p. 75); ora afirma que o administrador sempre será garantidor dos riscos criados pela atividade empresarial (*Ibid.*, p. 76-77), ora afirma a possibilidade de participação quando o administrador não tiver um dever de garantia (*Ibid.*, p. 83-84).

Mesmo que se ignore o tortuoso caminho metodológico, é problemática a proposta de adotar como único parâmetro o descumprimento do dever de diligência. Ainda que se trate de um vetor a ser considerado no âmbito da responsabilidade penal do administrador, conforme a fundamentação legal corretamente apontada por Santos, erigi-lo a fundamento isolado, dispensando-se até mesmo o conhecimento do administrador sobre o plano criminoso do terceiro, tem ares de indesejável *versari in re illicita*. Greco (2004, p. 95-98) já teve a oportunidade de criticar as soluções que elevam a posição de garantidor a um critério de imputação objetiva, por confundirem problemas de alcances distintos. Ademais, as referências à posição de garante e à omissão imprópria revelam, como Santos aqui e ali acaba reconhecendo¹²⁸, que o problema se converte em uma questão de *autoria*, e não de *participação* – que é o que realmente importa no estudo das ações neutras.

3.6.3. Ações neutras no âmbito de fraude fiscal estruturada

Castilho (2023) pesquisa a problemática das ações neutras no contexto de fraudes fiscais estruturadas, que define como a “criação de um esquema ilícito em que os *players* obtêm ganho em seu favor se utilizando de brechas existentes no sistema tributário, ou no próprio sistema de detecção de fraudes tributárias” (*Ibid.*, p. 232). A fraude pode se dar de formas diversas, desde a criação de empresas interpostas, passando pela falsificação de documentos, omissão de informações, desde que implementadas de uma forma organizada e complexa, que possibilite a evasão fiscal reiterada. Trata-se, portanto, de âmbito profícuo para a incidência do problema das ações neutras, porque depende da atuação de advogados,

¹²⁸ “Diante do exposto, não restam dúvidas de que a prática de condutas omissivas impróprias, por óbvio, poderá figurar como autoria” (Santos, 2023, p. 82); “Poderão ser responsabilizados como autores quando tiverem o dever de garante ou, ainda, quando houver uma conduta típica criminalizando a omissão” (*Ibid.*, p. 83).

contadores, *compliance officers*, notários e agentes públicos, mediante atividades que, em si, são consideradas frequentes ou normais (*Idem*).

Sobre o debate dogmático em torno das ações neutras, Castilho (2023, p. 243) afirma que a razão está com Beckemper, Niedermair e Hartmann, que argumentam que inexistem razões que justifiquem a não punibilidade das ações neutras, nem para que sejam criados critérios especiais para este grupo de casos. Castilho aduz que Beckemper rejeita que comportamentos sociais cotidianos não possam ser punidos, tendo em vista que o único requisito estabelecido pelo Código Penal alemão para a punição do cúmplice é que este tenha prestado assistência no fato principal, ou seja, que tenha, com a sua conduta, permitido ou facilitado o fato principal doloso e ilícito (*Ibid.*, p. 244). Em sentido similar, Niedermair defenderia a inexistência de razão para que se distinga um grupo de casos de auxílio e o submeta a regras especiais, uma vez que, de acordo com a lei, qualquer contribuição causal intencional a um ataque criminoso a bens jurídicos pode ser considerado cumplicidade, a menos que critérios restritivos de imputação objetiva demonstrem que o fato é inofensivo (*Ibid.*, p. 245).

Castilho (2023, p. 277) afirma que o problema das ações neutras no âmbito da fraude fiscal estruturada deve ser enfrentado a partir de três pilares: a extensão da punibilidade às ações neutras, a acumulação delitiva e a proteção jurídica suficiente. Isso porque, após assumir a posição segundo a qual as ações neutras serão, em regra, puníveis, o autor passa a discorrer sobre os dois últimos elementos, que, na prática, não funcionam como critérios adicionais de tipicidade, mas como justificativas para a extensão da punibilidade, como se verá. Inicialmente, Castilho (2023, p. 281) assevera que a punibilidade das ações neutras não pode ser aferida apenas com base em critérios objetivos, sendo necessário investigar o dolo do partícipe. Não obstante, qualquer contribuição causal intencional para um fato criminoso pode ser considerada cumplicidade. Castilho reconhece, contudo, que pesadas críticas foram lançadas contra esta concepção, em razão de sua excessiva extensão. Passa, então, a tentar justificar a razoabilidade de tal extensão a partir dos conceitos de delito acumulativo e de proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos (*Ibid.*, p. 282).

Os delitos de acumulação podem ser conceituados como aqueles que se referem a bens jurídicos supraindividuais, cuja lesão decorre do somatório de condutas que, analisadas isoladamente, são inofensivas (Lobato, 2024, p. 9). Castilho (2023, p. 283) entende que a ideia de cumulatividade é perfeitamente aplicável à fraude fiscal estruturada, pois “um único ato fraudulento contra a Fazenda Pública não é suscetível de lesar causalmente a instituição; ao contrário, essa lesão só pode ocorrer em virtude da acumulação de atos fraudulentos”. E

exemplifica aduzindo que não é a supressão ou redução de tributo pela emissão de uma nota fiscal espúria que causa danos significativos ao Erário, mas a prática de forma serial (*Idem*). E é justamente esta acumulação de danos que justificaria um tratamento diferenciado – em favor da punição – dos comportamentos neutros.

Adicionalmente, sustenta o autor que a prática de condutas como a fraude fiscal estruturada coloca em risco a própria subsistência do Estado Democrático de Direito, pois os tributos têm uma inegável finalidade social e a proteção da ordem tributária é do interesse de todos. Acrescenta que este delito comumente envolve criminosos de elevado poder aquisitivo, que se utilizam de estruturas complexas para se elidir das obrigações tributárias, o que demanda uma proteção eficiente do Estado. Assim, a partir do princípio da proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos, enquanto subprincípio do princípio da proporcionalidade, pode-se considerar que há um mandado de criminalização implícito da fraude fiscal estruturada, o que justificaria regras de imputação extensivas (*Ibid.*, p. 283-284). O autor conclui, portanto, que com base na acumulação delitiva e na proteção suficiente dos bens jurídicos, a punibilidade das ações neutras deve ser expandida, e não reduzida (*Ibid.*, p. 285).

3.6.3.1. Crítica

Sobre a ideia de que qualquer contribuição causal dolosa para o delito deve preencher o tipo da cumplicidade, remetemos o leitor às críticas formuladas no item 3.2.1 supra. As demais formulações de Castilho são tão genéricas que poderiam justificar qualquer incriminação – o que equivale a dizer que não podem fundamentar seriamente nenhuma. Sem sequer adentrar nas críticas à própria ideia de delitos acumulativos, tal categoria não tem nenhuma relevância para o tema em estudo. A cumulatividade diz sobre a lesão potencial do bem jurídico, ou seja, é um problema de *desvalor do resultado*, não de desvalor da conduta. Virtualmente qualquer conduta pode ser considerada lesiva se universalizada, o que dificilmente pode ser considerado um fundamento para a criminalização. Mas ainda que o fosse, justificaria, no limite, a própria criminalização da fraude fiscal estruturada, mas nada informa sobre responsabilidade penal de cada interveniente. Não é a conduta do partícipe que, se repetida por diversas pessoas, pode lesionar o bem jurídico. A prestação de serviços advocatícios, contábeis e notariais, para ficar nos exemplos mencionados pelo autor, podem

ser expandidas sem que, em si, incrementem o risco de lesão a bens jurídicos – muito pelo contrário. Logo, a acumulação não se referiria à conduta particular do partícipe, de modo que não pode justificar o desvalor de sua conduta. Se tudo isso não bastasse, o delito de sonegação fiscal não tem, necessariamente, este caráter de cumulatividade¹²⁹. O surpreendente arroubo liberal de Castilho, quando afirma que não é a emissão de uma única nota fiscal fraudada que causa danos ao erário, é contrário à jurisprudência unânime do Superior Tribunal de Justiça¹³⁰.

O suposto “princípio” da proibição da proteção insuficiente não possui maior potencial explicativo do fenômeno em estudo. Sem sequer ingressar na existência mesma do princípio, no qual Castilho aponta uma duvidosa raiz constitucional, ele só teria aplicação ao problema de pesquisa se fosse possível demonstrar: (i) que toda a estrutura não-penal de fiscalização, repressão e execução de fraudes tributárias não protege de forma adequada o bem jurídico; (ii) que o aparato penal, sem a punição dos partícipes neutros, também não protege de forma eficiente o bem jurídico; e (iii) que extensão da punibilidade para os casos de ações neutras seria um meio idôneo para proteger o bem jurídico. Castilho definitivamente não fundamenta adequadamente nenhum destes pontos; quando muito, afirma abstratamente que a punição protege a arrecadação do Estado, que ela é necessária para evitar a proliferação da criminalidade e que é proporcional na medida em que protege o bem jurídico e favorece a recuperação de ativos (*Ibid.*, p. 284) – como se nenhum destes pontos precisasse ser demonstrado.

3.7. Aproximação de uma resposta: algumas bases para um conceito limitativo de auxílio

Na abertura deste capítulo, propusemo-nos a investigar o desenvolvimento do debate sobre as ações neutras no direito brasileiro para tentar responder às seguintes perguntas: (i) as ações neutras devem ser tratadas como uma categoria dogmática autônoma, ou seja, como um

¹²⁹ A única hipótese em que o conceito poderia influenciar seria a de sucessivas sonegações que, individualmente consideradas, estariam situadas nos limites jurisprudenciais da aplicação do princípio da insignificância, mas que em conjunto causam lesão efetiva ao erário.

¹³⁰ O Superior Tribunal de Justiça entende que a sonegação de valores superiores a R\$1.000.000,00, considerados principal e acessórios, é suficiente até mesmo para a incidência da causa de aumento do grave dano à coletividade, prevista no art. 12, I, da Lei n.º 8.137/90 (por todos, BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 2215868 / SP. 5ª Turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 01.10.2024). Há setores econômicos, como o de combustíveis, em que a emissão de notas fiscais em valores muito superiores a este parâmetro é lugar-comum. A emissão de uma única nota fiscal fraudada, portanto, pode não só lesar suficientemente a atividade arrecadatória para fins de tipicidade do crime de sonegação fiscal, como fazê-lo em tal magnitude que enseja até mesmo a incidência da majorante.

problema específico de participação criminal? (ii) as soluções teóricas propostas pelos penalistas brasileiros são conformes à nossa tradição jurídico-penal e à disciplina legal vigente do concurso de pessoas? (iii) as ações neutras preenchem o tipo penal de cumplicidade no direito brasileiro? As duas primeiras podem ser respondidas a partir da avaliação crítica das obras até aqui estudadas. Nelas podemos encontrar tanto justificativas teóricas para descartar qualquer tratamento diferenciado para as chamadas ações neutras, quanto proposições que buscam estabelecer critérios diferenciados de tipicidade nestes casos. A compatibilidade dos diferentes desenvolvimentos com a tradição jurídica brasileira no concurso de pessoas pode ser alcançada pelo seu cotejo com o histórico que foi traçado nos dois primeiros capítulos deste estudo. Para responder a última pergunta, todavia, precisaremos ir um pouco além. As críticas pontualmente formuladas ao longo deste tópico indicam que consideramos que os modelos desenvolvidos até aqui, embora contenham diversos elementos promissores, não oferecem uma resposta inteiramente satisfatória. Precisaremos, no mínimo, indicar caminhos para corrigir eventuais distorções, sem deixar de aproveitar as sólidas ideias que já foram construídas pelos nossos penalistas.

A primeira pergunta deve ser respondida negativamente: não há nenhum fundamento jurídico para que o grupo de casos a que doutrina se refere como sendo de “ações neutras” seja elevado a uma categoria dogmática autônoma, muito menos para que sejam solucionados a partir de critérios diversos daqueles adotados para qualquer problema de cumplicidade. Esta parece ser a compreensão da maioria dos penalistas brasileiros estudados neste capítulo, mas foi particularmente bem justificada por Lobato (2009), que apontou que a suposta neutralidade da conduta não pode ser avaliada de forma isolada do contexto em que foi praticada. É dizer: em muitos destes casos, a neutralidade é apenas aparente ou ilusória, porque a ação “cotidiana” ou “profissional” representa um verdadeiro ato de auxílio ao injusto do autor. Por outro lado, o intenso debate sobre as ações neutras é, para nós, indicativo de um problema na amplitude da participação criminal como um todo, sobretudo sob a perspectiva meramente causalista que por tanto tempo imperou no direito brasileiro. Nas palavras de Camargo (2020, p. 107), “a teoria das ações neutras é sintomática de uma sensível dificuldade da teoria do concurso de pessoas quando a mesma se vê diante da necessidade de restringir a (suposta) amplitude da participação, particularmente no que se refere ao auxílio criminoso”. O tema é relevante, portanto, pelo ensejo que oferece de reflexão sobre o significado jurídico-penal do auxílio.

A compatibilidade das diversas propostas com a tradição jurídico-penal brasileira do concurso de pessoas esbarra em uma dificuldade inicial de identificar a tradição mesma,

diante de um tema que historicamente foi tratado de maneira errática e assistemática, desde sempre objeto por inúmeras disputas de sentido. É possível, todavia, identificar alguns contornos que possibilitem a análise. As tentativas de limitar o âmbito da participação punível no tipo objetivo, de um lado, parecem contrárias à tendência predominante no penalismo brasileiro desde antes do CP 1940 – lembremos que já o Projeto Galdino Siqueira, em 1913, propugnava a equiparação de todas as contribuições para o injusto, limitadas apenas em função da causalidade. De outro lado, encontra eco em parte da jurisprudência que, como vimos, vez ou outra restringiu o alcance do antigo art. 25, do CP 1940, para evitar punições flagrantemente irracionais. Vimos, também, que a doutrina brasileira nunca aceitou uma equiparação absoluta entre todas as formas de contribuição para o injusto, sempre distinguindo as modalidades de autoria e de participação. Nesse sentido, as propostas restritivas do tipo objetivo da cumplicidade podem ser lidas em relação de continuidade com este movimento, com o emprego de ferramentas dogmáticas então desconhecidas e inacessíveis aos nossos juristas do século XX – como a teoria da imputação objetiva, adotada pela maioria dos autores que estudamos. Já no que se refere à tipicidade subjetiva, é possível apontar uma relevante contradição entre as modernas tendências de limitar o problema ao tipo objetivo e a tradição brasileira do concurso de pessoas. O estudo da doutrina e da jurisprudência evidenciou que, desde o período imperial até os dias atuais, o elemento subjetivo da participação sempre teve uma centralidade na resolução de casos como os que estudamos quando falamos de ações neutras. Por melhores que sejam as intenções de quem pretende antecipar a análise para o primeiro filtro da teoria do delito, parece-nos que uma dogmática comprometida em resolver problemas práticos reais não pode ignorar um componente que tem sido historicamente relevante como limitador do alcance da participação típica. A resposta, a nosso sentir, terá que passar tanto pelo tipo objetivo, quanto pelo tipo subjetivo.

Resta, portanto, a parte mais difícil: indicar as bases para um conceito de auxílio que possa ser racionalmente justificado e que possa solucionar os problemas práticos trazidos à atenção da dogmática penal pelo debate sobre as ações neutras. Para isso, será necessário primeiro expor as razões pelas quais os caminhos até aqui perseguidos não podem dar conta da tarefa. Em seguida, será preciso justificar o marco teórico adotado e em que medida ele será superior para a solução do problema. Por fim, será oportuno delinear de que forma este arcabouço teórico pode se aplicar ao problema de pesquisa e quais soluções práticas podem ser desenvolvidas a partir dele, mesmo que em caráter introdutório, a fim de estimular o debate e contribuir para eventuais estudos ulteriores.

3.7.1. Por que não imputação objetiva?

As obras analisadas neste capítulo revelam uma tendência absolutamente predominante de solucionar o problema dos limites da participação punível a partir da teoria da imputação objetiva. É sintomático da proeminência que a teoria da imputação objetiva atingiu na dogmática penal que propostas radicalmente distintas acabem por desaguar em critérios de criação e realização de riscos juridicamente desaprovados. Para ficar apenas no setor da valoração do risco, vimos proposições no sentido de que se situariam dentro dos limites do risco permitido: (i) as condutas cuja proibição não é idônea à proteção do bem jurídico (Greco, 2004); (ii) as condutas praticadas em cumprimento a um dever jurídico (Lobato, 2009); (iii) as condutas que não extrapolem um dever de solidariedade social mínimo (Rassi, 2014); (iv) as condutas praticadas de acordo com as normas regulamentares da atividade profissional (Cardoso, 2019); (v) as condutas do administrador que cumprir com seus deveres fiduciários (Santos, 2022); entre outras já descritas nos tópicos anteriores. A ampla e quase irrestrita aceitação da teoria da imputação objetiva torna sua adoção um caminho mais fácil e menos suscetível de críticas. Se na Alemanha as correntes críticas à teoria da imputação objetiva são minoritárias, entre nós tais críticas são quase ignoradas¹³¹. Mas elas existem e partem de perspectivas teóricas muito distintas entre si.

Batista (2010) já demonstrou que é muito antiga na filosofia e no direito a ideia de imputação, com o sentido de juízo de atribuição da responsabilidade por um resultado. Porém, a imputação objetiva apareceu pela primeira vez, com os contornos aproximados que tem atualmente, a partir da obra de Honig, em 1930. No cenário de uma dogmática penal ainda predominantemente naturalista e de uma causalidade vinculada a teoria da *conditio sine qua non*, Honig propôs a categoria normativa da imputação objetiva para excluir, já no tipo objetivo, os resultados decorrentes de cursos causais imprevisíveis ou extraordinários. Isto é, Honig pretendia corrigir a excessiva amplitude da teoria da equivalência das condições, limitando a imputação do tipo objetivo aos casos em que o resultado fosse objetivamente *dominável* pelo agente – ideia que, no seu tempo, recebeu pouca atenção (Frisch, 2024, p.

¹³¹ Por aqui reverberaram principalmente as críticas finalistas à teoria da imputação objetiva. Por todas, vale citar as de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho (2005, p. 81-110). Para uma rara análise dos problemas da teoria da imputação objetiva a partir de seus próprios fundamentos (ainda que para defendê-la, de uma forma geral), o estudo de Amaral (2020, p. 57-87).

5-6). Naquele contexto, a proposta era um contraponto às tentativas de limitar o regresso ao infinito a partir de concepções normativas da causalidade, como a de *causalidade adequada*. Honig objetava a estas teorias que qualquer valoração das condições que dão causa ao resultado é externa à estrutura ontológica da causalidade (Haas, 2016, p. 6). Assim, procedeu a uma separação entre a causalidade – de conteúdo naturalista e orientada pela teoria da equivalência das condições, em respeito à sua estrutura ontológica – e um segundo estrato, de carácter normativo, onde seria possível a valoração das diferentes condições para seleccionar apenas aquelas que deveriam ser fundamento da imputação – a imputação objetiva.

Na década de 1970, Roxin retomaria a ideia e a desenvolveria para abranger um leque muito mais amplo de problemas que já eram discutidos no direito penal. Na formulação de Roxin (2002, p. 12), um resultado só pode ser imputado ao agente enquanto obra sua quando (i) o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação; (ii) este risco se realiza no resultado concreto; e (iii) este resultado está abrangido pelo alcance do tipo. A partir desta supercategoria, Roxin (2002, p. 12-14) pretendeu solucionar um grupo de casos muito heterogêneo, desde os cursos causais não domináveis pelo autor, passando pelos resultados lesivos decorrentes de condutas praticadas em observância às normas de cuidado de atividades perigosas (como o trânsito), condutas socialmente adequadas que contribuem para o injusto de terceiros (que passam a ser limitadas pelo princípio da confiança), problemas de desvios causais e de autocolocação em perigo. Frisch (2024, p. 8-9) atribui parte do sucesso da teoria à circunstância de que esse grupo de casos – e de soluções – já era conhecido e discutido na doutrina, de modo que a inovação de Roxin teria se limitado à síntese das diversas teorias e a reunião delas sob um conceito já juridicamente familiar – o de imputação –, o que transmitiu uma ideia de unidade e coesão. Não surpreende a crítica, atribuída a Armin Kaufmann, de que a imputação objetiva se resumiria a uma coleção de *topoi* (Puppe, 2021, p. 591).

Frisch (2024) formula uma crítica sistemática à teoria da imputação objetiva, na qual enxerga uma falha estrutural. Argumenta que a criação de um risco juridicamente desaprovado não é uma questão de imputação do resultado, mas seu pressuposto. Toda imputação pressupõe um comportamento ilícito anterior; a avaliação sobre a ilicitude do comportamento está associada à consideração sobre se a ação se move nos espaços de liberdade jurídica ou não, e não de se o resultado pode ser reconduzido a esta ação (*Ibid.*, p. 10-13). Nessa linha de raciocínio, o comportamento típico contrário ao direito passa a ser o elemento central do delito e precisa ser investigado em uma categoria autônoma e prévia à imputação. Por outro lado, esta sistematização resolveria uma outra objeção à teoria da

imputação objetiva, formulada já desde o finalismo, que diz respeito à confusão entre elementos objetivos e subjetivos. Isso porque a criação de um risco desaprovado não pode ser determinada a partir de dados puramente objetivos, já que não prescinde daquilo que o sujeito conhece desde uma perspectiva *ex ante*. A teoria da imputação objetiva seria corretamente criticada por introduzir no tipo objetivo essa subjetividade, por meio da categoria dos conhecimentos especiais. Abdicar desta supercategoria permitiria avaliar o desvalor da ação, em seus aspectos objetivos e subjetivos, antes mesmo de se indagar sobre a imputação do resultado ao agente como obra sua (*Ibid.*, p. 17-19).

A crítica sistemática de Frisch é compartilhada por outros autores. Assim, Haas (2016, p. 19), Kindhäuser (2012, p. 108-109) e Renzikowski (2017, p. 45) também objetam que a teoria da imputação objetiva confunde e mescla em um mesmo nível de análise o *objeto da imputação* (o resultado desvalorado) com o *fundamento da imputação* (o desvalor da ação). Puppe (2021, p. 591-592) também denuncia a completa falta de sistematicidade dos critérios invocados na imputação objetiva, ao ponto de que os autores já “ni siquiera intentan ordenar sistemáticamente los diferentes presupuestos de la imputación objetiva”, variando-se os critérios e sua respectiva posição sistemática de manual a manual. Haas (2016, p. 10-11) apontou, todavia, que a crítica de Frisch denota uma discordância apenas aparente. Frisch não questiona a criação de um risco não permitido como paradigma do desvalor da ação – no seu sistema, esta seria a essência do comportamento típico. Aduz que, ao meramente reorganizar os estratos do delito e propor a modificação do enfoque da imputação para o comportamento típico, Frisch não realiza o seu propósito de ancorar dogmaticamente duas questões fundamentais distintas: a distribuição de liberdade entre os sujeitos jurídicos desde uma perspectiva *ex ante*; e a inevitabilidade do curso causal lesivo desde uma perspectiva *ex post*.

Talvez a crítica essencial, da qual decorre a multiplicidade e a assistemática dos critérios de imputação objetiva, seja a falta de um conceito de risco não permitido que não seja autorreferencial. Zaffaroni e Batista (2010, p. 189-190) perceberam que a teoria da imputação objetiva não se preocupa em oferecer nem sequer um conceito de risco, parecendo tratá-lo como sinônimo de perigo – o que, por si só, já provoca divergências. Renzikowski (2017, p. 44-45) lembra que, em função da mescla entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado em uma mesma categoria, o objeto da imputação passa a ser definido em função do fundamento da imputação, pois os resultados que não podem ser reconduzidos à criação de um risco não permitido não interessam à imputação, ao mesmo tempo em que o risco é conceituado como não permitido justamente em função de ser parte de um curso causal juridicamente desaprovado – é evidente a circularidade do raciocínio. Haas (2016, p. 21),

recordando a crítica de Hirsch, afirma que a questão sobre se o comportamento do agente em relação ao resultado é contrário à proibição penal é justamente a pergunta que se pretende responder, de modo que a resposta não pode ser alcançada a partir da própria proibição do risco criado.

Em matéria de concurso de pessoas, para além dos problemas já abordados nas linhas acima, aduz Renzikowski (2017, p. 73) que a amplitude da causalidade orientada pela equivalência das condições não é satisfatoriamente restringida pela imputação objetiva, que simplesmente a substitui pela equivalência dos riscos proibidos, posto que a teoria não oferece nenhum critério que permita selecionar ou valorar os distintos riscos não permitidos. Esta indistinção seria incompatível com as diferentes formas de intervenção no delito e, portanto, com um conceito restritivo de autor. Mesmo nos contornos inicialmente delineados por Honig, a teoria da imputação objetiva seria inapta para a missão de definir os limites da participação punível, pois a dominabilidade objetiva do fato é um predicado da autoria, e não da participação, como bem pontuaram Zaffaroni e Batista (2010, p. 257). O partícipe, por definição, não controla a realização do fato, de modo que este critério, relevante para o juízo de imputação da autoria, é insuficiente para a imputação da participação, onde essa relação se dá de forma mediata. Segundo Kindhäuser (2020, p. 111), “si el hecho principal del autor se caracteriza por la dominabilidad de su curso en cuanto a la configuración y la decisión, mediante la complicidad eficaz aumenta la intensidad del dominio del hecho y, con ello, también el riesgo de que el hecho salga tal como pretende el autor”. Portanto, se a causalidade é um critério demasiadamente amplo e se a imputação objetiva não é uma correção normativa apropriada para o problema da participação criminal, precisamos investigar a resposta a partir de outros fundamentos.

3.7.2. Se não a imputação objetiva, o quê?

Descartar a teoria da imputação objetiva como alternativa viável, embora pareça-nos uma etapa necessária, ainda não diz muito sobre o nosso objeto de investigação. Seria razoável procurar um ponto de partida nos mesmos autores que formularam as críticas à teoria da imputação objetiva. Esse caminho, porém, coloca-nos diante de um primeiro obstáculo: muitos desses autores propõem o abandono da teoria da equivalência das condições em favor de um conceito normativo de causalidade - assim, Haas (2016, p. 26-29) e Renzikowski

(2017, p. 72-77). Esta opção não parece viável entre nós, diante da expressa adoção da teoria da *conditio sine qua non* pelo art. 13, CP. Ao mesmo tempo, já vimos que a raiz do problema sobre o alcance da participação no direito brasileiro está justamente na vinculação que a doutrina majoritária construiu entre a norma do art. 29, CP, constitutiva da tipicidade da participação, e a causalidade, que pode sintetizada na fórmula “quem, de qualquer modo, oferecer uma contribuição causal para o crime, incide nas penas a ele cominadas”. Romper com esta ideia demanda a investigação sobre a estrutura da imputação da participação. A teoria das normas pode oferecer um caminho promissor.

3.7.2.1. Algumas perspectivas da teoria das normas

O ordenamento jurídico é composto por normas que se diferenciam de acordo com a sua natureza e os seus destinatários. Quando os tipos penais da parte especial e da legislação especial estabelecem uma conduta proibida e uma sanção correspondente (p. ex., “Matar alguém” – art. 121, CP), está, ao mesmo tempo, enunciando uma norma de comportamento e uma norma de sanção. Isto é, o tipo penal, a partir da descrição do comportamento proibido, pretende orientar os cidadãos quanto ao comportamento esperado (a evitação do comportamento proibido); por outro lado, também preconiza a sanção que deverá ser atribuída àquele que violar a norma de comportamento. Renzikowski (2017, p. 25-26) argumenta que as normas de comportamento ordenam ao sujeito quais comportamentos deve praticar e quais deve omitir, enquanto as normas de sanção se dirigem ao juiz, que deverá aplicá-la em caso de violação da norma de comportamento. A violação de uma norma de comportamento, portanto, será sempre o pressuposto para a imposição de uma norma de sanção. Para que um sujeito particular seja sancionado pela violação de uma norma de comportamento, contudo, são necessárias regras para determinar quando um indivíduo pode ser considerado responsável por um comportamento antinormativo. Por essa razão, Hruschka (1994, p. 343-356) identifica a existência de regras de imputação. Na definição de Camargo (2018, p. 109), “a imputação penal expressa um juízo de responsabilidade pessoal pelo desvio da norma”.

As normas de comportamento, por expressarem proibições e mandatos destinados ao corpo social, exercem uma função prospectiva de configuração da vida social (Hruschka, 1994, p. 345). Já vimos em Frisch (2024, p. 12), apesar da equivocada opção por se manter sob o paradigma do risco proibido, a correta noção de que a antijuridicidade não é

determinada a partir de regras de imputação, mas a partir da compatibilidade entre as diversas esferas jurídicas de liberdade. Quando pensamos em um comportamento antinormativo, a pergunta que queremos responder é se a conduta extrapolou os limites da liberdade geral pela usurpação da esfera jurídica de terceiros. Raciocinando a partir do direito de propriedade no código civil alemão, Haas (2016, p. 23-24) identifica em todos os direitos subjetivos uma função de gozo e uma função de exclusão, isto é, o poder de disposição do próprio âmbito de domínio sem impedimentos jurídicos e com independência da vontade de outros titulares de direitos. Assim, é possível compreender as normas de comportamento como conformadoras de diversas esferas jurídicas distintas. A essência da antijuridicidade será a ampliação de uma esfera jurídica às custas de outra – ou, na expressão de Renzikowski (2017, p. 103), “a violação da posição jurídica protegida é a *razão* e o descumprimento da norma de comportamento é o *fundamento* da punição”.

Disso deduz-se que, independentemente da consideração sobre se o partícipe viola uma norma de comportamento independente da norma de comportamento violada pelo autor (Renzikowski, 2017, p. 106) ou se o partícipe lesiona de forma secundária a mesma norma de comportamento que o autor principal (Camargo, 2018, p. 199-205), o primeiro requisito para a punição da participação é que o partícipe tenha violado uma norma de comportamento que lhe era possível conhecer, desde uma perspectiva *ex ante*, para que por ela pudesse se motivar e evitar o comportamento proibido. O princípio da legalidade, positivado no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º, CP, exige que tal proibição esteja descrita de forma clara o suficiente para que seja cognoscível pelos destinatários da norma. O dispositivo que fundamenta a punição do partícipe no direito brasileiro (art. 29, CP) limita-se a estender a tipicidade dos delitos da parte especial a “quem, de qualquer modo, concorre para o crime”; não diz, todavia, *como* se pode concorrer para o crime. Como registrou Batista (2020, p. 44-45), para que tal dispositivo não seja considerado inconstitucional, por violação ao princípio da reserva legal, é necessário conjugá-lo com os tipos da parte especial e com os demais dispositivos que versam sobre as formas de participação. Como já mencionado neste estudo, foi Camargo (2018, p. 225-228) quem propôs uma releitura do art. 31, CP, para nele identificar os tipos básicos do concurso de agentes para além da autoria direta: a autoria mediata, a coautoria, a instigação e o auxílio¹³². Para o nosso objeto de estudo, importará investigar um conceito de auxílio que seja capaz de solucionar os problemas criados pela leitura meramente causalista da participação.

¹³² Ver item 2.5 supra.

3.7.2.2. Auxílio como melhora das possibilidades ou dos meios de realização do fato

O conceito de auxílio, mesmo na linguagem cotidiana, só faz sentido quando atrelado a relações do tipo meio-fim. Só precisa de ajuda aquele cujos meios não são suficientes à realização de um objetivo determinado. Em outras palavras, o auxílio deve relacionar-se a um déficit do autor para a realização do fato principal reconhecível *ex ante* pelo cúmplice (Kindhäuser, 2014, p. 134-135), sem o que não seria possível a este abster-se do comportamento proibido. Nas palavras de Camargo (2020, p. 111), “a contribuição prestada no auxílio é uma que permite superar as limitações do autor quanto aos meios e habilidade disponíveis para executar a ação principal, capacitando-o, portanto, a praticar o crime planejado. Isso significa, dito de outro modo, que o supérfluo não ajuda”.

Nesse sentido, o cúmplice precisa possibilitar ou pelo menos favorecer as possibilidades de realização do fato pelo autor principal, mediante uma prestação que não esteja, já de antemão, altamente disponível para o autor do fato. Esta é a razão pela qual a prestação de serviços e o fornecimento de objetos lícitos (em si mesmos), cuja oferta seja ampla e facilmente obtida em qualquer lugar, não configura, em regra, auxílio penalmente típico. Nos exemplos do padeiro que vende o pão ao cliente que pretende envenená-lo para matar a esposa, ou mesmo do advogado que presta uma consultoria jurídica que influencia na forma como o cliente decide praticar o delito, é a facilidade com que tais prestações podem ser obtidas, inclusive por pessoas que desconheçam o plano delitivo do autor, que faz com que elas sejam, em regra, contribuições penalmente irrelevantes. Mas essa avaliação dependerá sempre do contexto particular em que a conduta estiver inserida. A contribuição do padeiro pode não ser tão supérflua quando a esposa estiver sentada em uma mesa na mesma padaria e o plano do autor for envenená-la naquele mesmo horário e local. Por outro lado, uma contribuição certamente perde seu caráter banal quando há uma específica adaptação da prestação às finalidades do autor (Kindhäuser, 2014, p. 138).

Reforça o acerto desta perspectiva o fato de que diferentes autores acabam chegando nesta conclusão a partir de caminhos metodológicos diversos. Assim, vimos que Greco (2004) chega a uma conclusão muito semelhante a partir do princípio da idoneidade, segundo o qual a proibição penal não é idônea à proteção do bem jurídico se a abstenção da conduta não melhora a situação do bem jurídico. A principal consequência do raciocínio é que quanto mais ubíqua for a prestação, menor será a idoneidade de sua proibição. Por via completamente

distinta, Zaffaroni e Batista (2017, p. 493-494) tomam de empréstimo a teoria dos bens escassos de Ordeig para excluir do tipo objetivo conglobante aquelas contribuições superabundantes, ou seja, que pela sua trivialidade (no sentido *jakobsiano*) podem ser facilmente obtidas pelo autor, não tem relevância contributiva suficiente para preencher o tipo objetivo da cumplicidade. A solução proposta por Kindhäuser e adotada neste trabalho tem a vantagem de contornar os inconvenientes metodológicos destas outras propostas, que já foram apontados ao longo do presente capítulo.

3.7.2.3. A regulação como parte da definição da norma de comportamento

Mesmo uma ação que efetivamente melhore as possibilidades de realização de um resultado típico pelo autor principal pode não ser suficiente para preencher o tipo da cumplicidade. Isso porque não é qualquer usurpação da esfera jurídica alheia que pode ser imputada ao partícipe, mas apenas aquelas que decorrem de uma prévia violação de uma norma de comportamento. O estabelecimento de normas de comportamento, contudo, não é tarefa exclusiva do direito penal. Quando analisamos a obra de Lobato (2009), no item 3.2 supra, vimos que é possível favorecer o injusto alheio por meio do cumprimento de deveres jurídicos, como no caso do devedor que salda uma dívida sabendo que a verba será empregada na prática de um crime. No tópico 3.2.1, ressaltamos o acerto de Lobato em excluir a tipicidade objetiva de tais contribuições em face da totalidade do ordenamento jurídico, que não pode tolerar a contradição entre uma norma extrapenal que impõe um determinado comportamento e uma norma penal que o proíbe. Nestes casos, em vista do princípio da subsidiariedade, a norma extrapenal recorta aquela conduta particular do âmbito da proibição da norma penal (Zaffaroni, Batista, 2010, p. 232).

Essa relação não se dá apenas em caso de colisão frontal de deveres. As normas de comportamento têm por objetivo a solução de conflitos de liberdade, em que precisam ser ponderados tanto o interesse de proteção do bem jurídico potencialmente lesado pela ação proibida quanto a liberdade mesma de se praticar essa ação (Camargo, 2018, p. 127-128). Como a liberdade de ação é a regra, por disposição constitucional (art. 5º, inc. II, CRFB), e são praticamente ilimitadas as formas de exercício deste direito, transfere-se em grande parte ao indivíduo a responsabilidade de escolher os comportamentos que não afetam indevidamente as esferas jurídicas alheias. Isto é, a um espaço de liberdade já bastante

dilatado corresponde um maior dever de zelar pela evitação de lesões a bens jurídicos de terceiros.

Porém, há determinadas atividades que, por possuírem riscos inerentes ao seu exercício, possuem um âmbito de liberdade de ação mais restrito. Isso se aplica a inúmeras profissões e atividades reguladas, como a circulação de veículos, o exercício da advocacia, a operação de uma instituição financeira, o comércio de armas de fogo etc. Neste tocante, o Estado toma para si a tarefa de ponderar antecipadamente os interesses jurídicos envolvidos e de definir os estritos limites de atuação aceitáveis. Assim, por mais que a circulação de veículos nas proximidades de escolas crie um notório risco de lesão a bens jurídicos importantes, o benefício que tal atividade proporciona para a sociedade faz com que o Estado tolere esta prática, desde que exercida dentro dos limites regulamentares aplicáveis (como o respeito aos limites de velocidade, por exemplo). Nesse caso, não caberá ao motorista mais nenhuma ponderação; sua obrigação se limita a observar as normas particulares de trânsito. No que diz respeito às atividades regulamentadas, portanto, a norma de comportamento deve ser extraída da síntese entre as proibições e/ou mandatos de natureza penal e as permissões e/ou limites extrapenais (cíveis e/ou administrativos) para o exercício da atividade.

Variantes deste raciocínio estão presentes em diversos dos trabalhos brasileiros sobre ações neutras que estudamos ao longo deste capítulo, na maioria das vezes para excluir a imputação objetiva das condutas situadas dentro dos limites regulamentares de determinada atividade, por não ultrapassarem o risco juridicamente permitido. O problema é que a circularidade do conceito de risco desaprovado conduz a que uma mesma ideia ganhe diferentes matizes em cada um dos autores, conduzindo a soluções não uniformes para os problemas jurídicos inseridos neste grupo. Zaffaroni e Batista (2010, p. 244-250), embora enfocando o tema sob a perspectiva de dois problemas particulares (as atividades desportivas e a atividade médica), também excluem a tipicidade objetiva das ações fomentadas pelo direito. A ideia central é de que não podem ser típicos resultados lesivos que expressem consequências possíveis de atividades regulamentadas e fomentadas pelo direito. O raciocínio, facilmente extensível para o problema da participação criminal, é correto na essência e é compatível com o raciocínio ora desenvolvido. Se ao direito penal cabe a proteção subsidiária de posições jurídicas, uma norma penal não pode proibir uma conduta que não é proibida (ou até mesmo é expressamente permitida) por normas extrapenais. Portanto, a norma de comportamento extraída da totalidade das proibições, mandatos e permissões do ordenamento jurídico não será violada quando a conduta se mantiver dentro dos espaços normativos de uma atividade regulamentada.

3.7.2.4. O sentido delitivo como indício da tipicidade subjetiva

O primeiro capítulo deste estudo demonstrou que o tipo subjetivo sempre foi determinante na tradição jurídica brasileira para distinguir entre a participação punível e a contribuição penalmente irrelevante. No segundo capítulo, ao traçar um panorama teórico do concurso de pessoas, vimos que é predominante a identificação de um elemento subjetivo na participação. Por fim, neste capítulo concluímos que não há nenhuma razão para conferir às ações neutras tratamento dogmático diferenciado em relação a qualquer forma de participação criminal. A síntese dessas proposições é que a solução do nosso problema de pesquisa passa necessariamente pela análise do tipo subjetivo do auxílio.

Antes de prosseguir, entretanto, cumpre tecer algumas linhas sobre a recente resistência de parte da doutrina penalista em solucionar problemas dogmáticos no âmbito do tipo subjetivo. A crítica geralmente formulada é que fazer depender a proibição de um comportamento do dolo do agente é incorrer em um direito penal de ânimo ou de atitude interna¹³³. Este raciocínio, fundado no princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, pode fazer sentido enquanto crítica às teorias subjetivas puras – a distinção não pode residir *apenas* em estados internos do agente. A conduta precisa reunir predicados objetivos que possam determinar a sua contrariedade à norma de comportamento. Mas remover o tipo subjetivo da equação seria incorrer no equívoco inverso; a norma do art. 18, parágrafo único, que estabelece a regra geral de que os crimes só são punidos na modalidade dolosa, salvo previsão legal expressa, é reveladora de que o dolo desempenha um papel crucial na delimitação das condutas penalmente proibidas.

Além disso, a crítica sempre lembrada acerca da dificuldade da prova do dolo¹³⁴ confunde os planos ontológico e epistemológico (Tavares, 2020, p. 283). Como é impossível acessar diretamente aquilo que se passa na psiquê do agente, é evidente que o dolo será sempre imputado com suporte em elementos objetivos externos – o que não significa que será um juízo arbitrário. Hruschka (2009, p. 196) exemplifica ao afirmar que não é arbitrário concluir que está furiosa uma pessoa cujo rosto se enrubesce. Este não é um juízo arbitrário na medida em que é extraído de regras de experiência que nos permitem afirmar que o

¹³³ Variações desta crítica em Caro John (2020, p. 39), Greco (2004, p. 116) e Kindhäuser (2014, p. 131).

¹³⁴ Por todos, Souza Santos (2008, p. 286-288).

enrubescimento da face é uma consequência comum da ira. Nesse cenário, ao invés de tentar suprimir uma dimensão inafastável do comportamento humano, a melhor contribuição que a dogmática penal pode oferecer é construir pontos de referência objetivos que auxiliem na imputação do dolo.

O critério do sentido delitivo, nos moldes aproximados daqueles enunciados por Brener (2021, p. 172-180), oferece um ponto de apoio interessante para a investigação sobre o dolo do auxílio. O sentido delitivo do auxílio é o que indicará a adesão do cúmplice ao plano do autor principal, sempre que contribuição prestada não puder ser explicada senão pelo propósito de auxiliar a realização do delito. Brener (2021, p. 178) propõe que essa avaliação seja feita a partir da utilidade criada pela conduta do partícipe para o autor principal, isto é, quando a única funcionalidade da contribuição para o autor, naquele dado contexto, for o favorecimento do delito, haverá sentido delitivo.

Parece-nos, todavia, que essa avaliação, na posição sistemática que lhe atribuímos, deve ser formulada em dois níveis. Primeiro cumpre investigar a utilidade que a conduta proporciona para o próprio cúmplice. Investigar a utilidade que o aporte pode criar para o autor principal não oferece um ponto de apoio seguro para a imputação, porque (i) se estamos tratando de uma prestação em si lícita, haverá sempre, em abstrato, a possibilidade de que seja empregada licitamente pelo autor principal – o critério se converte em mero juízo probabilístico; e (ii) como estamos investigando a tipicidade do auxílio, é porque houve um aproveitamento ilícito pelo autor principal, isto é, o contexto pouco poderá nos esclarecer sobre o sentido da contribuição, posto que será, do ponto de vista do autor, sempre delitivo. A perspectiva do cúmplice, todavia, permite-nos avaliar se a sua ação pode ser explicada pela persecução de finalidades legítimas ou se só pode ser compreendida enquanto auxílio ao plano do autor. Quando ausente qualquer utilidade para o cúmplice, a conduta só se deixa explicar pela vontade de realização do delito – dolo direto de auxílio.

Pode acontecer, porém, que a conduta tenha para o agente que oferece a prestação uma utilidade independente do plano do autor e mesmo assim seja dotada de sentido delitivo. É o caso, por exemplo, do vendedor que vende uma faca para o sujeito que queria se munir de uma arma para a rixa que ocorria na porta da loja. A venda gera utilidades para o vendedor completamente independentes do plano delitivo – o cumprimento de suas metas, o recebimento de comissões etc. Não havendo nenhum elemento que o vincule aos participantes da rixa, é razoável supor que o resultado morte de qualquer dos participantes não lhe é desejado. É razoável supor até mesmo que este resultado lhe seja lamentado, se não por princípios humanitários, ao menos pelo prejuízo ao comércio que um homicídio praticado às

suas portas provoca. A *proximidade* da contribuição prestada com o contexto claramente delitivo em que seria empregada é o que nos permite afirmar o dolo eventual de auxílio ao plano delitivo. Gorostiza (2002, p. 238) já argumentava que a proximidade é um critério de referência para a investigação do dolo eventual. Camargo (2020, p. 111-112), invocando a lição de Schumann, também confere relevância ao critério da proximidade¹³⁵, pois não há auxílio sem uma relação de imediatidade entre o propósito da contribuição e a prática delitiva. Neste segundo nível, portanto, caberá investigar se a proximidade da ação delitiva permitia ao partícipe conhecer a inevitabilidade do aproveitamento ilícito de sua prestação, hipótese em que terá se conformado com a execução do crime mediante seu aporte, ou se há um distanciamento entre a prestação e ação principal, caso em que o dolo estará excluído.

Importante esclarecer que a ideia aqui desenvolvida não se trata de uma nova teoria do dolo, nem pretende criar ou modificar quaisquer dos componentes da tipicidade subjetiva. Trata-se apenas de um critério que pretende auxiliar na identificação destes mesmos componentes (cognitivo e volitivo), sobretudo neste grupo de casos característico do debate sobre as ações neutras, onde justamente por inexistir um ajuste prévio ou um interesse direto ou imediato do partícipe na realização do fato principal, a imputação subjetiva se revela particularmente desafiadora.

CONCLUSÃO

1. A tradição jurídica brasileira em matéria de concurso de pessoas, embora errática em alguns aspectos, revela uma perene relevância do elemento subjetivo da participação. Já no período imperial era consagrada a noção de que sem conhecimento e vontade da realização do injusto não haveria que se falar em crime, seja sob a forma de autoria ou de cumplicidade. A partir do giro em favor da equiparação das diversas formas de participação, que passaram a ser limitadas objetivamente apenas em função da causalidade, o elemento subjetivo da participação ganhou ainda maior centralidade perante a doutrina e a jurisprudência como critério de distinção entre a participação punível e a contribuição penalmente irrelevante.

2. A participação criminal, em função da regra da acessoriedade prevista no art. 31, CP, guarda uma relação de dependência em relação à autoria. O primeiro critério de todo ato

¹³⁵ Adotando-o, todavia, como um elemento de tipicidade objetiva. Pelas razões que já expusemos, parece-nos que o critério é melhor acomodado como um ponto de referência objetivo à imputação da tipicidade subjetiva.

de participação criminal, portanto, é um critério negativo: que a conduta não implique nenhuma das formas de autoria reconhecidas. A teoria que, em termos pragmáticos, detém hoje maior aceitação na explicação das diferentes formas de autoria é a teoria do domínio do fato – aqui tomada em sentido amplo, para descrever a teoria completa de Roxin (2014), mesmo nas vertentes que não se fundam no domínio do fato (como os delitos de dever).

3. O elemento subjetivo da participação é o dolo que, no direito brasileiro, diante do disposto no art. 18, inc. I, CP, só pode ter por objeto o resultado típico, entendido em sentido jurídico. As propostas que pretendem identificar o dolo da participação de forma dissociada do delito praticado pelo autor principal (dolo de realização da própria conduta) não são compatíveis com a definição legal de dolo do Código Penal brasileiro. O partícipe, portanto, precisa conhecer o plano do autor principal e desejar ou se conformar com o resultado do delito planejado.

4. As propostas teóricas desenvolvidas no Brasil sobre o tema das ações neutras revelam uma tendência predominante (com exceções bem registradas ao longo do texto) de resolver o problema apenas no âmbito do tipo objetivo. Para tanto, a maior parte dos nossos penalistas tentou formular critérios para limitação da tipicidade da participação no âmbito da imputação objetiva, em seus diversos estratos (criação, valoração e realização do risco). Este movimento não é necessariamente contrário à tradição jurídica brasileira, pois pode ser lido como uma continuidade, por meio de instrumentos teóricos mais modernos, da resistência da doutrina à equiparação plena das distintas formas de contribuição do delito, bem como a hesitação da jurisprudência diante de alguns casos de participação cuja criminalização seria excessivamente irracional. A pretensão de limitar a análise ao tipo objetivo, contudo, não respeita a própria estrutura da tipicidade, que desde o finalismo se divide entre um estrato objetivo e outro subjetivo, bem como despreza a histórica relevância do dolo como elemento limitador do alcance da participação no direito brasileiro.

5. De todas as formas possíveis de se prestar contribuições causais para o injusto alheio, o art. 31, CP, ao enunciar a regra da acessoriedade, selecionou apenas o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio. Esta escolha é significativa de que estas são as únicas formas de participação admitidas no direito brasileiro, pois do contrário teríamos que assumir que existem formas de participação não submetidas à acessoriedade. Solucionar o problema das ações neutras, portanto, significa apenas definir os limites típicos do auxílio. Não há razões jurídicas para que sejam tratadas como uma categoria dogmática autônoma e nem para que desafiem soluções *ad hoc*, distintas dos demais problemas de participação.

6. A teoria da imputação objetiva, opção preferida dos penalistas brasileiros que se dedicaram ao tema, não é capaz de fornecer respostas consistentes. A teoria opera com o conceito de risco sem defini-lo; a ideia de risco juridicamente desaprovado é autorreferencial; o modelo reúne, sob uma mesma categoria, o objeto da imputação (o desvalor do resultado) e o fundamento da imputação (o desvalor da ação); e confunde e/ou mescla os planos objetivo e subjetivo do comportamento proibido. No âmbito do concurso de pessoas, a teoria conduziria a um conceito unitário de autor, pois é incapaz de oferecer uma distinção qualitativa entre o injusto do autor e o injusto do partícipe.

7. Sob a perspectiva da teoria das normas, o pressuposto da imputação é a usurpação de uma esfera ou posição jurídica alheia pelo descumprimento de uma norma de comportamento de natureza penal. Estabelecer os limites da participação punível, portanto, depende da definição das normas de comportamento que proíbem a prestação de contribuições a ações delitivas. Objetivamente, auxiliar significa melhorar as possibilidades ou os meios de realização do delito. Por exclusão, todas as contribuições supérfluas ou aquelas que, por sua elevada ubiquidade, já fazem parte do campo causal do autor, não preenchem o tipo objetivo do auxílio.

8. A fixação de normas de comportamento não é uma tarefa exclusiva do direito penal. Existem atividades em que, em função dos potenciais lesivos de sua execução, a liberdade geral de ação é particularmente limitada pelo Estado por meio da regulação, geralmente a partir de normas de natureza civil ou administrativa. Nesses âmbitos, tendo em vista o caráter subsidiário do direito penal e necessidade de considerar a totalidade do ordenamento jurídico na definição da norma de comportamento, as condutas praticadas dentro dos limites regulamentares de uma determinada atividade também não preencherão o tipo objetivo do auxílio.

9. Adicionalmente, o auxílio deve ser prestado com conhecimento do plano criminoso e com a presença do elemento volitivo, seja na forma de vontade direta ou de aceitação do resultado. Um importante vetor para a investigação do dolo de participação é o sentido delitivo da conduta. Se a conduta do partícipe não tiver para si outra utilidade que não o favorecimento objetivo do delito, haverá uma relação de sentido delitivo que indicará a adesão subjetiva direta ao plano criminoso – dolo direto. Por outro lado, quando a conduta do partícipe tiver para si uma utilidade independente do delito, mas pela relação de proximidade ou imediatidade entre a contribuição e prática delitiva o aporte for indissociável do plano do autor, poder-se-á afirmar o dolo de auxílio, na modalidade eventual.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoreticas e praticas ao Codigo Criminal**, Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864.

ALMEIDA, Candido Mendes de; ALMEIDA, Fernando Mendes de. **Arestos do Supremo Tribunal de Justiça: colligidos em ordem chronologica até hoje**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1885.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Auxiliar juridico: servindo de appendice a decima quarta edição do Codigo Philippino, ou, Ordenações do Reino de Portugal recopiladas por mandado de El-Rey D. Philippe I, a primeira publicada no Brazil, obra util aos que se dedicação ao estudo do direito e da jurisprudencia patria**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva ex ante e a imputação no direito penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 5, n. 1, p. 57-87, 2020.

AMBOS, Kai. **Direito penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Trad. Manuel Cancio Melia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

AMELUNG, Knut. Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands. **Festschrift für Grünwald**, p. 9-30, 1999.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XVII, v. 49. Rio de Janeiro: Typ. Montenegro, 1889.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XX, v. 58. Rio de Janeiro: Typographia Montenegro, 1892.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XXIII, v. 67. Rio de Janeiro: Typographia Mont'Alverne, 1895.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XXV, v. 73. Rio de Janeiro: Typographia Mont'Alverne, 1897.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XXVIII, v. 81. Rio de Janeiro: Typographia Montenegro, 1900.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano XXIX, v. 85. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1901.

ARARIPE, Tristão de Alencar. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**. Ano XXX, v. 89. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1902.

ARAÚJO, João Vieira de. **Código penal comentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1896.

ARAÚJO, João Vieira de. **Código Criminal brasileiro: Commentario filosofico-scientifico em relação com a jurisprudência e legislação comparada**. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889.

ARAÚJO, João Vieira de. **Nova edição official do código criminal brasileiro de 1830, anteprojecto (1889)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

ARAÚJO, João Vieira de. **Projecto n. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890**. In.: BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Anais da Câmara dos Deputados. Sessão em 21 de agosto de 1893. p. 12-85.

AYROSA, João Pedro Barione. Coautoria em delitos culposos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Científica do CPJM**, v. 2, n. 08, p. 127-144, 2023.

AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. **Código penal do Império do Brasil: com observações sobre alguns de seus artigos**. Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.

BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2020.

BATISTA, Nilo. Imputação para principiantes (brasileiros). **Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba**, v. 2, n. 1, p. 85-102, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BLASENHEIM, Peter. As Ferrovias de Minas Gerais no século dezenove. **Locus: revista de história**, v. 2, n. 2, 1996.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. Antecedentes históricos do código penal de 1940. A importância de Alcântara Machado. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**, ano III, n. 5, p. 123-136, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo II: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

CAGLIARI, José Francisco. Do concurso de pessoas. **Justitia**, n. 61 (185/188), p. 50-77, 1999.

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

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de auxílio na discussão sobre as ações neutras. In: Eduardo Saad Diniz; Miguel Polaino-Orts; José Roberto Macri Jr. (Orgs.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, p. 107-114, 2020.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**. v. 2. São Paulo: Typographia da Gazeta do Povo, 1882.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 6, nº 24, out./dez. 1969. p. 120-153. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29.07. 2024.

CARO JOHN, José Antonio. Perdida del significado “neutro” de una conducta y deber de solidaridad mínima. In: Eduardo Saad Diniz; Miguel Polaino-Orts; José Roberto Macri Jr. (Orgs.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, p. 31-56, 2020.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal, parte general, tomo I**. Trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos. San José: Tipografía Nacional, 1889.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **Lavagem de dinheiro, concurso de pessoas e as ações neutras: a construção da lavagem de capitais e a responsabilidade penal pelo exercício profissional cotidiano**. – Curitiba: Juruá, 2019.

CASTILHO, Alexandre Affonso. **As ações neutras no âmbito da fraude fiscal estruturada**. 2023. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie.

CORDERO, Isidoro Blanco. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, n. 1-3, p. 263-292, 1997.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

COSTA JUNIOR, Heitor. A reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro. **O direito penal e o novo Código Penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

COSTA JUNIOR, Heitor. A reforma penal brasileira. **Revista de direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, v. 15, n. 30, p. 76-83, 1989.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, vol. 1, n.1, p. 65-73, 2013.

DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 5, n. 1-2, p. 73/93-73/93, 1981.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DUARTE, Francisco Ferreira Dias. O hypnotismo no crime. *In*: SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. ano XVI, v. 45, Typographia theatral e commercial, 1888. p. 481-488.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a história do novo código penal. **Revista de direito penal**, n. 3, p. 7-12, 1971.

FRISCH, Wolfgang. Sobre a teoria da imputação objetiva: uma história de sucesso e equívocos – Ao mesmo tempo, uma contribuição à necessidade de revisão do sistema do fato punível. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 9, n. 1 (aberto), p. 1-36, 2024.

FRISCH, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles; SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal**. B de F, 2006.

GALVÃO FILHO, José Bernardo de Arroxellas. O art. 19 da reforma de 18/1 e os arts. 16 á 18 do Codigo Criminal. *In*: SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. ano XVII, v. 48, Typographia theatral e commercial, 1889. p. 161-173.

GAMA E SILVA, Luis Antônio da. Exposição de Motivos do Código Penal de 1969. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 153-170, 1969.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008.

GOROSTIZA, Jon Mirena Landa. **La Complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana": contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"**. Comares, 2002.

GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. In: **Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften** 117 (2005), pp. 519-554.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 1, p. 1-32, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung**. Wistra. Cadernos 2 e 3, 1995 *apud* LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal**. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

HRUSCHKA, Joachim. Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 5, p. 189-218, 2000.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, n. 3, p. 343-356, 1994.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, volume I. tomo II : arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1978.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Parecer sobre o Projecto do Código Penal em discussão na Câmara dos Srs. Deputados ao Congresso Nacional**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1897.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. – Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996.

JUNIOR, Dídimo Agapito da Veiga. **Da tentativa e da cumplicidade**. Rio de Janeiro: B. L. GARNIER, 1871.

KINDHÄUSER, Urs; CAMARGO, Beatriz Corrêa; DE OLIVEIRA MOURA, Bruno. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 108, p. 127-148, 2014.

KINDHÄUSER, Urs. Complicidad y actuar profesional. **Revista Criminalia Nueva Época**, v. 86, n. 3, 2020.

KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. **Revista penal**, n. 11, p. 53-69, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría-una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 14, p. 41-52, 2011.

LEIRIA, Antonio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. São Paulo: Davidip Editores, 1974.

LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. Ações neutras em direito penal. A perspectiva do cúmplice em crimes de lavagem de dinheiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEVY, Maria Bárbara. **A indústria do Rio de Janeiro através de suas sociedades anônimas: esboços de história empresarial**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1994.

LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. Curitiba: Juruá, 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. Princípio da insignificância e crimes ambientais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Contexto**, v. 1, n. 1, p. 1-19, 2024.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010.

LOBO, Estevam. **Autoria colectiva e cumplicidade**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1897.

LÓSSO, Daniella Maia; LOBATO, José Danilo Tavares. Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Científica do CPJM**, v. 2, n. 06, p. 140-166, 2023.

LUCIANO, Elder Fernandes. **Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais**. 2017. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**. São Paulo: Bushatsky, 1972.

MACHADO, Alcântara. O projeto do código criminal perante a crítica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 35, n. 1, p. 39-96, 1939.

MACHADO, Alcântara. **Para a história da reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MACHADO, Alcântara. Projeto do código criminal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 34, n. 2, p. 193-494, 1938.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: Parte generale**. 9. ed. – Padova: CEDAM, 2015.

MARANHÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Programa Memória Institucional. **Correspondência ativa dos promotores públicos do Império: introdução ao ciclo 1872-1892. Ofícios de 1872 a 1875**. – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2019.

MARTELETO, Wagner. Coautoria e autoria mediata negligentes: cada um falha por si?. **De Legibus-Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa**, n. 2, p. 25-25, 2021.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: edição do autor, 1971.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. – Barcelona: Reppertor, 2006.

MONTEIRO, João Pereira; MORAES, Joaquim de Almeida Leite; DOS SANTOS, Brasílio Rodrigues. Projecto n. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo pelos Drs. Leite Moraes, Brasílio dos Santos e João Monteiro, relator. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 7-118, 1894.

MORAES, Evaristo de. **Estudos de direito criminal: trabalhos forenses e decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Alves & C. 1898.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Imputação objetiva no Direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

OTTO, Harro. „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe“. **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, p. 193-225, 1998.

PAULA BATISTA, Graciliano de. Póde haver complicitade punível, sem autoria responsável? *In*: SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. ano VIII, v. 23, Typographia theatral e commercial, 1880. p. 521-528.

PAULA PESSOA, Vicente de A. **Codigo Criminal do Imperio do Brazil Annotado**. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1877.

PRADO, Luiz Régis; DE CARVALHO, Érika Mendes. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1** – 3. ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUPPE, Ingeborg. El sistema de imputación objetiva. **InDret**, n. 1, p. 588-613, 2021.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro.** – Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro.** – São Paulo: LiberArs, 2014.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato.** São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro. **A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas ações neutras.** 2021. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General., Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Especiales formas de aparición del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, José Manuel Paredes Castañón e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual (Tomo II).** Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2016.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, p. 91-138, 2015.

SANTOS, Humberto Souza. Co-autoria em delitos culposos? **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 56, p. 9-32, 2005.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís, LOBATO, Danilo (coords.). **Temas de direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 263-289, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Thiago Costa dos. **Responsabilização penal pela cadeia de fornecedores a imputação de ações neutras nas relações empresariais**. 2022. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre el Fundamento del Resultado: Base Logico-Objetiva Comun para Todas las Formas de Autoria. **Derecho penal y criminología**, v. 25, p. 13-25, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 1-15, 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vorbemerkungen zu § 25. *In*: VERREL, Torsten. **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch**. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. 2, 2021.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. – Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913.

SIQUEIRA, Edmundo. **Resumo Histórico de The Leopoldina Railway Company Limited**. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Carioca, 1938.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SILVA, Marcelo Werner da. A implantação ferroviária no Estado do Rio de Janeiro: 1854-1898. **Revista Geográfica de América Central**, v. 2, p. 1-10, 2011.

SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano V, v. 13, Typographia theatral e commercial, 1877.

SILVEIRA, Francisco Balthazar da. *et al.* **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia**. Ano IX, v. 24. Rio de Janeiro: Typographia theatral e commercial, 1881.

SOARES, Oscar Macedo de. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SONTAG, Ricardo. A nova edição oficial do Código Criminal de 1830. **Revista de Estudos Histórico-Jurídicos**, n. 35, p. 481-520, 2013.

SONTAG, Ricardo. "Código criminológico"? Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos. *In*: Antonio Carlos Wolkmer;

Ricardo Marcelo Fonseca; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). **História do Direito CONPEDI/UFSC**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 184-204.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. rev. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209**. de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEIGEND, Thomas. Grenzen strafbarer Beihilfe. In: **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Nomos, Baden-Baden, p. 197-212, 1998.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de f., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.