

# FUNDAMENTO DE PUNIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POR AÇÕES NEUTRAS

**Mauricio Paula Lopes<sup>1</sup>**

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 13/08/2021.

Artigo aceito em: 21/12/2021.

## Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar e propor uma solução para a participação por ações neutras, tema recorrente no concurso de pessoas. Ações neutras são as ações praticadas cotidianamente no exercício de uma profissão. Ocorre que, eventualmente, essas ações podem colaborar para a prática de um delito. O estudo foi desenvolvido por meio da análise do Direito Penal Brasileiro e do Direito Penal Alemão. É realizado um estudo de caso. O estudo tem como marco teórico a teoria das normas de Karl Binding. Apresentamos, inicial-

mente, a distinção entre autor e partícipe segundo a teoria do domínio do fato nos termos propostos por Roxin. Em seguida, buscamos, na teoria das normas de Binding, o fundamento de punibilidade do partícipe. Conclui-se, ao final, que o partícipe deve ser punido porque sua conduta viola a norma penal segundo a distinção entre lei e norma proposta por Binding.

**Palavras-chave:** concurso de pessoas; dolo eventual; partícipe; teoria das normas; teoria do domínio do fato.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Processual Penal I na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Professor de Direito Processual Penal I e Direito Penal no Centro Universitário Newton Paiva. Advogado criminalista. E-mail: mauricio@mrladvocacia.com.br

## ***RATIONALE FOR PUNISHMENT OF PARTICIPATION AND PARTICIPATION BY NEUTRAL ACTIONS***

### ***Abstract***

This article aims to analyze and propose a solution for participation by neutral actions, recurring theme in accomplice liability. Neutral actions are actions performed daily in the exercise of a profession. However, eventually, these actions may collaborate with the commission of a crime. The study was developed through the analysis of Brazilian Criminal Law and German Criminal Law. A case study is conducted. The study has Karl Binding's theory of norms as its theoretical framework. Initially, we present the distinction

between perpetrator and accomplice according to the fact dominion theory as proposed by Roxin. Then we seek in Binding's theory of norms, the rationale for punishment of the accomplice. At the end, concludes that the accomplice should be punished because his conduct violates the penal norm according to the distinction between law and norm proposed by Binding.

**Keywords:** accomplice liability; intention; accomplice; theory of norms; fact dominion theory.

## Introdução

Este texto busca estabelecer conceito material que fundamenta o injusto da participação e, a partir desse fundamento, solucionar a punibilidade ou não da participação por ações neutras. Ações neutras são ações praticadas cotidianamente no exercício de uma profissão e que, eventualmente, podem colaborar com a prática de um delito. No final do artigo, buscamos responder aos três casos descritos a seguir, que servem para ilustrar, neste momento, a participação por ação neutra, por fim, vamos analisar um julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

- **Caso 1:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte e avisa para o motorista Mévio que, chegando a seu destino, vai matar João, seu desafeto. Chegando ao destino, Tício mata João. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 2:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte com a intenção de matar João, que estava lhe esperando no local de destino do táxi. No entanto, Tício não conta para Mévio qual sua real intenção ao tomar o táxi. Chegando ao destino, Tício mata João, seu desafeto. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 3:** Tício é conhecido na região por praticar alguns delitos contra o meio ambiente. Certo dia, Tício vai à revendedora de tratores e compra uma retroescavadeira. O vendedor, Mévio, sabia dos boatos que corriam na cidade. Porém, diante dos valores envolvidos na venda, Mévio, resolveu efetuar a venda sem indagar de Tício qual seria a finalidade da compra da máquina. Tício, de fato, usou a máquina para extrair areia e argila de maneira ilegal. Mévio deve responder criminalmente?

A discussão sobre os critérios para a punibilidade da participação por ações neutras leva a uma série de propostas, umas de caráter objetivo, outras de caráter subjetivo. Destaca-se que as normas penais pátrias são de pouca utilidade na solução do problema proposto. Assim como na Alemanha, estabelecer os critérios para cumplicidade por ações neutras ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Neste artigo, busca-se definir o fundamento de punibilidade do injusto da participação para depois solucionar a cumplicidade por ações neutras.

A partir da distinção entre lei e norma, pretendemos determinar que a participação está fundamentada não na realização do tipo penal (lei, na concepção de Binding) pelo partícipe, mas com a violação da norma. Desse modo, não é possível utilizar elementos do tipo objetivo para fundamentar a participação. Reforça esse pensamento o caráter acessório da participação. A punição do partícipe depende,

pelo menos, da conduta típica praticada pelo autor. Ora, em caso de concurso, os elementos objetivos do tipo são praticados pelo autor, pensar de outra maneira significa negar o caráter acessório da participação.

Uma vez estabelecido que o vínculo do partícipe se dá com a norma, o critério para definir a punibilidade mediante ações neutras e cotidianas deve ser resolvido não em termos da tipicidade objetiva, mas, sim, no campo dos elementos subjetivos.

## 1 Autoria e a participação

Certamente, um dos temas mais polêmicos do direito penal é a distinção entre autoria e participação. Ao longo da história do direito penal várias foram as teorias que buscaram diferenciar autor de partícipe, outros até negam a utilidade de tal diferença. Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre tais teorias, o que demandaria espaço bem maior. Adotamos a teoria do domínio do fato nos termos propostos por Roxin, não obstante tal teoria ser alvo de críticas, algumas bem fundamentadas.

Para um conceito restritivo de autor, a distinção entre autoria e participação deve ser feita já no injusto penal. Adotando um conceito restritivo de autor, é possível distinguir, entre todos aqueles que concorrem para o delito, o autor e o partícipe. Essa diferenciação será feita com base na teoria do domínio do fato nos termos desenvolvidos por Roxin (2014), que, inicialmente, esclarece que o autor é a figura central para a realização da ação típica, já o partícipe seria secundário na medida que sua contribuição se daria mediante a “incitação” ou a prestação de uma ajuda.

Roxin, para definir o que é autor, divide os delitos em três grupos: (1) crimes comuns ou crimes de domínio; (2) crimes especiais ou crimes com infração de dever; e (3) crimes de mão própria.

A maioria dos delitos previstos tanto no Direito Penal brasileiro quanto no direito alemão são crimes comuns ou de domínio. Nesses delitos não se exige nenhuma qualidade específica do autor, como nos delitos de dever, nem se exige que o autor execute pessoalmente a ação típica como nos crimes de mão própria. Nos crimes de domínio o autor é aquele que tem o domínio do fato.

O domínio do fato se manifesta mediante três situações. Na primeira delas, a autoria revela-se a partir do domínio da ação. Nessa hipótese, o autor pratica de maneira livre, direta e pessoal os elementos do tipo penal. É o executor do delito, aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal. Nas palavras de Roxin (2014, p. 68): “no se puede dominar mejor un hecho que cuando lo ejecuta uno mismo.

En la autoría inmediata el dominio le viene dado al ejecutor por la realización que se corresponde con el tipo”.<sup>2</sup>

A segunda forma de autoria nos crimes comuns ocorre por meio do domínio da vontade. São os casos de autoria mediata, em que o autor mediato se vale de um terceiro como instrumento para realização do delito. O homem de trás pode ser autor mediato quando o homem da frente atua sob coação irresistível, em erro de tipo, erro de proibição ou é inimputável (ROXIN, 2014, p. 84).

A terceira forma de domínio do fato nos crimes comuns ocorre a partir do domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder. Nesse caso, o chefe de uma organização ilícita é considerado autor dos fatos realizados por seus subordinados que atuaram mediante as ordens do autor. Sobre essa hipótese de domínio do fato esclarece Roxin (2011, p. 2) que:

[...] nos trabalhos mais recentes sobre o tema, enunciei quatro fatores que permitem fundamentar o domínio do fato do homem de trás em organizações delitivas: o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, o afastamento da ordem jurídica do aparato de poder à disposição do emissor das ordens, a fungibilidade do executor imediato e a disposição essencialmente alta para o fato do executor.

Nos crimes especiais, ou crimes com violação de dever, o autor não é aquele que tem o domínio do fato, mas, sim, aquele que viola seu dever especial. Vejamos o caso do delito de peculato: “Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio” (BRASIL, 1940). Nesse delito, o funcionário público é o detentor do dever especial. Assim, independentemente de o agente ter o domínio do fato, o autor é aquele que ostenta a qualidade de funcionário público.

Por fim, nos crimes de mão própria, o autor é aquele que pessoalmente pratica o tipo penal. Nesses casos, não se admite a autoria mediata. Podemos citar como crime de mão própria, o aborto, previsto no art. 124 do Código Penal: “Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940).

Definido o que é autor, podemos definir, por exclusão, que partícipe é todo aquele que concorre para o crime sem ser autor, ou seja, sem ter o domínio do fato ou sem ter a qualidade necessária nos crimes de infração de dever e nos crimes de mão própria.

<sup>2</sup> “Não se pode dominar melhor um fato do que quando você mesmo o faz. Na autoria imediata o domínio é dado ao executor pela realização que corresponde ao tipo” (tradução livre).

A participação pode ser material, também denominada cumplicidade, ou moral. Na participação material o partícipe colabora de qualquer maneira com a prática do delito. Os casos descritos na introdução deste artigo são todos casos de participação material.

Importante destacar que a existência da cumplicidade depende, inicialmente, da perspectiva e da finalidade da ação do autor. Nesse sentido, esclarece Kindhäuser (2014, p. 135) que:

[...] apenas aquilo que necessita quem executa a ação principal é que pode ser visto como objeto de auxílio. Se A já se decidiu por esfaquear B com um determinado punhal então C não presta ajuda nem mesmo quando lhe oferece um arsenal de armas. O supérfluo não auxilia, ainda que possa expressar certa solidariedade com o autor.

E mais, a participação para ser punível pressupõem que ela melhore as possibilidades de o autor alcançar seu objetivo.

A participação moral pode ocorrer por induzimento, quando o partícipe dá a ideia criminosa para o autor, ou por instigação, quando o partícipe reforça uma ideia já existente.

Definido o conceito de partícipe, é fundamental ressaltar o caráter acessório da participação. Nelson Hungria (1983, p. 324) menciona a acessoriedade da participação para o Museu da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Outros penalistas ressaltam que a acessoriedade da participação é uma característica inerente à natureza da participação (BRUNO, 1967, II, p. 271). Em termos legais, a acessoriedade da participação foi explicitamente adotada pelo Código do Processo Penal, no art. 31. Vejamos a transcrição do citado dispositivo legal: “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” (BRASIL, 1940).

Dizer que a participação é acessória é dizer que a punição do partícipe depende que o autor pratique determinada conduta. Discute-se na doutrina qual deve ser o nível de acessoriedade da participação, ou seja, o que o autor precisa praticar para permitir que o Estado possa punir o partícipe. Três são as teorias principais: a acessoriedade mínima, a acessoriedade limitada e a acessoriedade máxima.

Para a teoria da acessoriedade mínima é exigido que o autor pratique somente uma ação típica para a punição do partícipe. Desse modo, aquele que empresta uma faca para que o autor atue em legítima defesa responderia criminalmente, pois a conduta do autor é típica. Essa é, inclusive a objeção lançada. Na doutrina brasileira, Prado (2007, p. 493) adota essa teoria. Segundo o citado autor, “a

participação é sempre acessória ou dependente de um fato principal – teoria da acessoriedade mínima (conduta típica do autor)”.

A teoria da acessoriedade máxima vai ao outro extremo. Segundo essa teoria a punibilidade do partícipe depende da prática de um fato típico, ilícito e culpável pelo autor do fato. Na doutrina brasileira essa teoria é adota por Ramos (1996, p. 72).

Adotamos aqui, a acessoriedade limitada, de modo que a punição do partícipe depende da prática de um fato típico e ilícito por parte do autor. Entre outros juristas, essa teoria é adotada por Maurach e Zipf (1994).

É importante destacar que, independentemente do grau de acessoriedade, a participação depende de uma conduta típica praticada pelo autor. Isso significa que o partícipe pode ou não realizar os elementos objetivos do tipo, mas o autor deve praticar o fato típico que seja possível punir o partícipe.

### 3 Distinção entre lei e norma

Para solucionar os problemas explicados na introdução devemos definir o fundamento de punibilidade da participação. Essa definição passa pela diferença entre lei e norma, nos termos propostos por Binding.

A teoria das normas de Binding é explicada e comentada por Kaufmann (1976). A distinção entre lei e norma foi feita por Binding ainda no século XIX. Binding estabeleceu a distinção entre lei e norma partindo da premissa de que o criminoso não atua contra a lei. Segundo ele, a conduta praticada pelo agente deve ser idêntica à primeira parte do preceito legal. Em outras palavras: a conduta típica não viola a lei, mas é idêntica a ela. Quando o criminoso pratica uma conduta idêntica à lei, embora sua conduta viole uma norma nela contida. A essa norma violada pela conduta do criminoso que, repita-se, é idêntica à lei, Binding compreende a ruptura com a norma penal, inerente à lei. Desse modo, norma é o mandado de ação ou inação. O tipo penal é a lei que representa a forma de punição de determinada violação da norma.

Para exemplificar, vejamos o art. 121, *caput*, do CPB que é composto pelo preceito “matar alguém” e pela sanção “pena de reclusão de 6 a vinte anos”. O art. 121 é a lei. Composto de uma série de elementos em seu preceito: verbo, sujeito ativo, sujeito passivo, nexos causal, resultado, elementos normativos, objeto material e circunstância de tempo, modo, lugar e a sanção. Já a norma é obtida por meio da análise à contrário senso e, neste caso, é “não matar”.

Segundo Kaufmann (1976, p. 71), Binding busca provas acerca da existência das normas na própria lei penal, na necessidade do legislador, no exame das

normas de direito escrito e na história do direito. Para a teoria de Binding, as normas precedem no plano conceitual e normativo, a lei que estabelece a forma de punição, mas não necessariamente no plano temporal, e são essenciais para a compreensão do Direito Penal. As normas têm validade por serem normas e obrigarem a todos aqueles que são seus destinatários. Sobre a obrigatoriedade e validade da norma, afirma o autor que

[...] a norma é a representação mental abstrata e força obrigatória do direito. Tem validade, justamente por ser norma. E tem validade perante todos, já que qualquer um pode vir a encontrar-se na situação para a qual a norma, que a todos se dirige prescreve alguma coisa (KAUFMANN, 1976, p. 351).

Na teoria de Binding norma e lei cumprem funções distintas. A função da norma é fundamentar o dever de obediência por parte dos cidadãos que são os destinatários da norma. Como as normas carecem de sanção, os cidadãos devem observar as normas pelo simples fato de serem normas. Já a lei penal, como meio de manifestação da norma, regula a criação de conteúdo e a extinção do direito de punir. Com efeito, a função da lei penal é fundamentar um direito subjetivo cujo titular é o Estado.

A teoria das normas de Binding foi objeto de várias objeções. Na doutrina pátria, Aníbal Bruno (1967) não aceita a distinção entre norma e lei pois, segundo ele, tal distinção levaria a entender o Direito Penal como meramente sancionador. Não nos parece que a teoria de Binding levaria necessariamente ao direito penal meramente sancionador.

É comum encontrarmos a afirmação, em tom até pejorativo, que Binding era um positivista e que sua teoria das normas não é aceita pela doutrina moderna. Sobre a primeira parte, de fato, Binding era positivista, mas seu positivismo, como acentua Kaufmann (1976, p. 346), era limitado pela natureza ontológica da realidade das coisas, o que, certamente, atenua o positivismo levado às últimas consequências. Acerca do assunto, o autor conclui que “as indicações já fornecidas mostram claramente onde se situa o limite do positivismo de Binding: é nas estruturas lógico-reais que formam o quadro e o arcabouço da matéria jurídica, na natureza das coisas, na lógica, nas conquistas da teoria” (KAUFMANN, 1976, p. 351).

Sobre o argumento de que a teoria de Binding não é aceita atualmente – observa-se que sua teoria das normas não é completamente aceita –, e nunca foi, mas seu fundamento nunca foi seriamente atacado e, modernamente, sua conclusão mais importante sobre a existência das normas é aceita, por exemplo,



por Zaffaroni e Pirangeli (2015). Esses autores, embora não apoiem integralmente a teoria de Binding, afirmam que a teoria de Binding “com maiores ou menores correções, deve ser reconhecida ainda na atualidade com um alto grau de vigência científica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 281). Na doutrina brasileira, Leite (2014) também aceita a distinção entre lei e norma proposta por Binding. Por fim, ressalta Kaufmann (1976, p. 354) que, “apesar de todos os ataques vindos de muitos lados, a posição básica de Binding é correta: as normas existem”.

Portanto, adotamos a distinção entre lei e norma nos termos propostos por Binding. Assim, o tipo penal (lei) é composto por uma série de elementos conforme a técnica legislativa utilizada. Já a norma penal é a proibição que extrai da lei e que é conceitualmente anterior à lei.

## 4 Fundamento de punibilidade da participação

Frisch (2002) faz uma observação fundamental. Segundo o autor, a falta de clareza de critérios se deve, principalmente, à falta de critérios sobre os princípios que fundamentam o injusto da culpabilidade. Frisch está correto. Somente é possível uma solução coerente dogmaticamente para a participação por ações neutras após definir os fundamentos do injusto na culpabilidade.

É a partir da determinação do fundamento do injusto da participação que se deve analisar uma série de problemas acerca da participação no direito penal, inclusive, a punibilidade mediante a participação por ações neutras. O fundamento da participação deve ser um guia hermenêutico para solucionar e dar coerência aos problemas propostos.

Em termos legais, o fundamento de punibilidade da participação é o art. 29 do Código Penal, *in verbis*: “Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. O artigo citado deixa claro que todos que colaborarem para o delito, autores ou partícipes, devem responder criminalmente, em regra, pelo mesmo delito” (BRASIL, 1940).

Além do fundamento legal, é indispensável definir qual o fundamento material do injusto da participação. Batista (2004, p. 102) alerta que o fundamento do injusto da participação é tema pouco tratado na doutrina nacional. É a partir da definição do fundamento material que todos os problemas dogmáticos da participação devem ser tratados.

A primeira teoria que busca fundamentar a participação é a teoria da corrupção do autor. Essa teoria, cujas bases são concepções religiosas dos comentaristas italianos da Idade Média, coloca ênfase na atuação do partícipe sobre a pessoa do autor. Nessa ordem de ideias, o partícipe é punido por transformar o outro em

delinquente ou contribuir para isso. Desse modo, a atuação do partícipe se daria na culpabilidade do autor. A culpabilidade do partícipe dependeria, por isso, da culpabilidade do autor e da influência exercida pelo partícipe na culpabilidade do autor.

A teoria da corrupção do autor deve ser abandonada em face da teoria da acessoriedade limitada e em razão do princípio da autorresponsabilidade.

Segundo a teoria da acessoriedade limitada pune-se o partícipe desde que o autor tenha praticado uma conduta típica e ilícita, ou seja, um injusto penal. Assim, é possível punir o partícipe mesmo que o autor atue sem culpabilidade. Vejamos o seguinte exemplo: Tício instiga Mévio, inimputável a praticar um furto. Neste caso, Mévio não é culpável, mas Tício deve ser punido como partícipe. Desse modo, não é possível fundamentar a punição do partícipe na culpabilidade do autor que pode não existir no caso concreto.

Ademais, a culpabilidade do autor e do partícipe são diferentes já que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal.

Uma outra teoria busca fundamentar a participação na ofensa ao bem jurídico, é a denominada teoria da causação. Se de um lado a teoria da corrupção do autor busca unir autor e partícipe a nível de culpabilidade, a teoria da ofensa ao bem jurídico buscam unir autor e partícipe já no fato típico. Para essa teoria, o fundamento da participação é que a conduta do partícipe, independente da conduta do autor, provoca uma ofensa ao bem jurídico.

Essa teoria, assim como a primeira, não deve ser aceita. Não é possível fundamentar a participação em nenhum elemento objetivo do tipo. Isso porque a participação é acessória. Querer fundamentar a participação em qualquer elemento objetivo do tipo é desprezar a natureza acessória da participação.

O CPP estabelece, no art. 31, a acessoriedade da participação. Como já acen-tuado, doutrina diverge quanto ao grau de acessoriedade, se mínima, limitada, máxima ou hiper. Porém, o certo é que, diante da legislação brasileira, a participação é, de fato, acessória e, a nosso ver a teoria adotada é a teoria da acessoriedade limitada. Ou seja, a punição do partícipe depende da prática pelo autor de um fato típico e ilícito. A participação, em qualquer grau de acessoriedade, depende da prática da ação típica por parte do autor. O partícipe não precisa praticar nenhum elemento objetivo do tipo para ser responsabilizado criminalmente. O Direito Penal, para responsabilizar o partícipe, se vale da ação objetivamente típica praticada pelo autor. Caso a conduta do autor não se amolde ao tipo penal, a conduta do partícipe também será atípica.

A questão fundamental é a seguinte: por que a participação é acessória? Ora, não se pode exigir do partícipe a prática de todos os elementos do injusto, salvo

os elementos subjetivos, graças ao princípio da responsabilidade subjetiva. Se fosse possível exigir do partícipe a realização de todos os elementos do injusto ele seria autor e não partícipe. Deste modo, o ordenamento jurídico se vale da conduta praticada pelo autor, que preenche os elementos do injusto, para responsabilizar criminalmente o partícipe que de alguma maneira colaborou com o autor.

Pode ser que a conduta do partícipe, no caso concreto, por si só, implique a realização de algum elemento objetivo do tipo, mas pode ser que a conduta do partícipe não implique a realização de nenhum elemento do tipo. O que se quer dizer é que não se pode exigir como condição de punibilidade do partícipe, dado que ele realize algum elemento objetivo do injusto. É por isso que a participação é acessória.

Por esse motivo, não se deve fundamentar a participação nos termos da teoria da causação.

Em verdade, tais teorias, embora sejam anunciadas como teorias que fundamentam a participação, não se prestam a tal finalidade. Essas teorias, segundo Galvão (2013, p. 536), “procuram apenas explicar o conteúdo do comportamento do partícipe”.

Não sendo possível fundamentar a punibilidade do partícipe em nenhum elemento objetivo do tipo ou da culpabilidade, deve-se buscar outra maneira de fundamentar a punibilidade do partícipe. A fundamentação da punibilidade do partícipe deve ser buscada na violação da norma.

A fundamentação da punibilidade do partícipe é que, com sua conduta, ele viola a norma penal. Destaca-se que a norma proíbe determinada conduta, não é papel da norma proibir resultados. Vejamos por exemplo o art. 121 do CPP. A norma anterior ao tipo “matar alguém” é “não matar”, desse modo o cidadão está proibido de praticar qualquer conduta que contribua para a morte de alguém, ainda que não seja ele o autor do resultado morte. A norma penal, como já acentuado, é obrigatória, todos os destinatários da norma penal têm a obrigação de se abster de condutas que violem a norma ou que contribuam para a violação das normas por parte de um terceiro. Aqui reside o fundamento do injusto da participação.

O partícipe deve ser punido porque, com sua conduta, embora não realize os elementos do tipo penal, ele viola a norma.

Fernando Galvão também busca o fundamento de punibilidade do partícipe na violação da norma. Vejamos trecho da obra do autor:

A responsabilidade penal tem como pressuposto fundamental a violação da norma jurídica e, portanto, interessa saber quem violou a norma. Todos os que violam a norma devem suportar o

ônus que lhes é imposto pela responsabilidade. Se autores e partícipes violarem a norma deverão ser responsabilizados (GALVÃO, 2013, p. 536).

O citado autor, contudo, não indica se está utilizando a expressão norma no sentido utilizado por Binding, como propomos.

## 5 Participação por ações neutras

A participação material, ou cumplicidade, normalmente ocorre mediante a conduta, praticada pelo partícipe, que é praticada, especialmente, para colaborar com a ação do autor. Vejamos alguns exemplos: A pede para B, um amigo de trabalho, que dirija o carro até determinado local pois pretende matar sua esposa. Cotidianamente B não dirige para A. Essa ação, dirigir para A, é específica para colaborar com a empreitada criminosa. C pede para D uma faca emprestada para matar seu desafeto. D não tem como atividade cotidiana emprestar facas. A ação de emprestar a faca foi específica para ajudar C a praticar o delito.

Ocorre que a participação pode ocorrer pela prática de ações neutras. Ações neutras são ações que determinado agente realiza cotidianamente em sua profissão, mas que, em determinadas situações, acabam contribuindo para a prática de algum delito. Os casos narrados na introdução desse trabalho são exemplos de ações cotidianas que acabam contribuindo para a prática de um delito.

Podemos citar outros exemplos: Tício vai a uma padaria e compra um pão para matar sua mulher envenenada. Nesse caso, o padeiro responderia como partícipe em homicídio? Tício, funcionário de um banco, cotidianamente realiza transações bancárias para seus clientes. Certo dia, é descoberto que um de seus clientes se valia das transações realizadas para ocultar dinheiro proveniente de algum delito. Tício é partícipe em lavagem de capitais?

Destaca-se que essas ações cotidianas são praticadas diariamente por uma série de pessoas, o motorista de táxi, o vendedor, o padeiro, o gerente de banco, o advogado etc., de modo que, se determinada pessoa não concordar em realizar determinada conduta, certamente, outra praticará, pois, aquela conduta está no âmbito das atividades cotidianas de vários indivíduos. Vejamos o caso do taxista: se um primeiro taxista negar uma determinada corrida, vários outros poderão aceitar. Isso vale para o padeiro: se um padeiro recusar a venda do pão, a padaria do lado venderá.

A controvérsia acerca da punibilidade do agente que participa de um delito mediante ações cotidianas não é um tema novo do Direito Penal, sendo discutido

há muito tempo no Direito Penal alemão. No entanto, no Direito Penal brasileiro a relevância do tema é relativamente recente. A grande maioria dos manuais brasileiros ao tratarem do concurso de pessoas sequer mencionam a participação por ações neutras. Os principais livros sobre concurso de pessoas do Direito Constitucional Pátrio também não tratam sobre o tema.

A pergunta que deve ser respondida é porque e em que medida deve-se punir aquele que contribui para um delito mediante a prática de uma conduta que é cotidiana. Nesse sentido, existem diversas teorias que buscam definir se aquele que participa mediante ação cotidiana deve ser responsabilizado ou não. Resumidamente vamos a elas.

A mais antiga das teorias procura fundamentar a punição daquele que participa mediante ação neutra no dolo. Assim, se o partícipe tiver atuado com dolo ele deve ser responsabilizado, caso contrário, não deve ser responsabilizado. Frisch (2002) informa que essa teoria foi adotada pela antiga jurisprudência do Tribunal do Império Alemão. No mesmo sentido, Kindhäuser (2014, p. 131) afirma que “o Tribunal do Império Alemão exigia uma vontade de colaborar com o crime para a consideração do comportamento realizado no exercício da atividade profissional como prestação de auxílio punível”. Essa teoria, como se verá a seguir, mediante ajuste no que diz respeito ao dolo eventual, deve ser a adotada.

Modernamente, a doutrina majoritária busca estabelecer critérios para a punibilidade da participação por ações neutras em elementos objetivos. Essa mudança de paradigma deve-se à superação, pelo menos na Alemanha, da teoria finalista da ação. Busca-se estabelecer a punibilidade do partícipe na adequação social da conduta com base na adequação profissional, na importância da conduta para o ato principal, no aumento do nível de risco da ocorrência do fato principal ou na ponderação de interesses. Todos esses critérios são de caráter objetivo e, como bem observa Frisch (2002), pecam pela falta de clareza em sua conceituação.

Os critérios supra-apontados, que são aplicados no âmbito da tipicidade, são imprecisos e não fornecem de maneira clara um critério para punir a participação por ações neutras, devendo, portanto, ser abandonados. Como explicado anteriormente, não é possível fundamentar a punição do partícipe em nenhum elemento objetivo do tipo. Isso porque a punição do partícipe é fundamentada na violação da norma e não na prática do tipo objetivo pelo partícipe. Como destinatário da norma, todo cidadão tem o dever de se abster de praticar qualquer conduta que colabore com a violação da norma. Em termos objetivos, a conduta do partícipe é típica desde que a conduta do autor preencha os elementos do tipo objetivo.

O critério para determinar a punição ou não do partícipe por ações cotidianas deve ser buscado no tipo subjetivo. Desse modo, o essencial para se punir o

partícipe que colabora mediante ações cotidianas é se o partícipe tinha conhecimento dos planos do autor. Ou seja, o que vai determinar ou não a participação do partícipe é dolo, já que sua ação é sempre objetivamente típica.

Kindhäuser apresenta uma primeira crítica à teoria subjetiva. Para o autor, ao adotar a teoria subjetiva, caso alguém use um lenço de seda para estrangular um homem, o vendedor do lenço deve ser punido pois atua com dolo eventual (KINDHÄUSER, 2014, p. 139). De fato, não faz sentido, nesse caso, punir o vendedor de seda à título de dolo eventual. É por isso que propomos, na sequência, a exclusão da punibilidade da participação por ação neutra quando praticada com dolo eventual.

Outra crítica apontada por Kindhäuser é que ao adotar a teoria subjetiva “um injusto de cumplicidade assim fundamentado aloja-se na preocupante vizinhança de um Direito Penal da atitude interna” (KINDHÄUSER, 2014, p. 145).

Essa crítica lançada por Kindhäuser não procede. Primeiro, o fundamento da punibilidade da participação por ações neutras não é o dolo. Pune-se a participação por ações cotidianas porque o agente viola a norma, esta, sim, fundamento de se punir o partícipe. Ademais, além do dolo, a existência da cumplicidade depende, inicialmente, da perspectiva e a finalidade da ação do autor. E mais, a participação para ser punível pressupõem que ela melhore a possibilidade de que o autor alcance seu objetivo.

Considerando que a teoria para estabelecer a punibilidade da participação por ações neutras é uma teoria subjetiva, vejamos a solução para os dois primeiros casos narrados na introdução:

- **Caso 1:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte e avisa para o motorista Mévio que, chegando a seu destino, vai matar João, seu desafeto. Chegando ao destino Tício mata João. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?
- **Caso 2:** Tício toma um táxi no centro de Belo Horizonte com a intenção matar João, que estava lhe esperando no destino do táxi. No entanto, Tício não conta para Mévio qual sua real intenção ao tomar o táxi. Chegando ao destino, Tício mata João, seu desafeto. Nesse caso, Mévio deve ser punido como partícipe no homicídio?

Nos dois casos, a participação se deu mediante uma ação cotidiana. Diante do fundamento de punibilidade da participação adotado nesse artigo, a conduta de Mévio é objetivamente típica, tanto no caso 1 como no caso 2. O que vai determinar se Mévio vai ser punido ou não é o dolo. No caso 1, Mévio tem conhecimento do plano do autor, de modo que ele atua com dolo. Desse modo ele deve ser responsabilizado como partícipe do homicídio.

Já no caso 2, embora objetivamente típica, Mévio não deve ser punido por causa da ausência de dolo. Como Mévio não tinha o conhecimento do plano do autor, lhe falta o dolo, essencial para a tipicidade da conduta.

Assentado que a punibilidade da participação por ações neutras deve ser analisada a partir do dolo do partícipe, pode-se indagar qual seria a diferença de tratamento em relação à participação mediante ações não cotidianas. Também nas ações não cotidianas, caso não exista dolo por parte do partícipe, a contribuição é impunível. A diferença de tratamento entre as duas formas de cumplicidade se dá em relação ao dolo eventual. A participação por ações neutras não admite a punição caso o elemento subjetivo seja o dolo eventual.

A não punibilidade da participação por ação neutra, quando se trata de dolo eventual, é justificada pelo princípio da confiança, de modo que o agente que está praticando atos profissionais e cotidianos lícitos deve confiar que terceiros que se beneficiam desses atos estão também praticando ações lícitas. Assim, o princípio da confiança atua no elemento cognitivo do dolo, de modo que não há que se falar em dolo eventual. O taxista que aceita uma corrida deve confiar que o passageiro vai a seu destino praticar uma conduta lícita. Exigir que o taxista indague de todo cliente qual a finalidade de sua viagem é impossível e tornaria essa atividade profissional inviável.

Vamos à solução do caso 3: Tício é conhecido na região por praticar alguns delitos contra o meio ambiente. Certo dia, Tício vai à revendedora de tratores e compra uma retroescavadeira. O vendedor, Mévio, sabia dos boatos que corriam na cidade. Contudo, diante dos valores envolvidos na venda, Mévio, resolveu efetuar a venda sem indagar de Tício qual seria a finalidade da compra da máquina. Tício, de fato, usou a máquina para extrair areia e argila de maneira ilegal. Mévio deve responder criminalmente?

Nesse caso, Mévio, certamente, não atua com dolo direto, não é sua intenção contribuir com a atividade criminosa de Tício. No entanto, dadas as circunstâncias que envolvem o comprador, embora não tenha a certeza da intenção criminosa, pode-se dizer, em um primeiro momento, que Mévio assumiu o risco da ocorrência do resultado, o que caracterizaria dolo eventual. No entanto, por se tratar de uma ação neutra, Mévio deve confiar que as pessoas que compram em sua loja vão praticar também ações lícitas. Desse modo, a conduta de Mévio não é passível de punição.

Por fim, vamos analisar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ora tratado. Segue a ementa (STJ, 2007):

HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA.

ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO.

Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal.

A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei.

Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir.

Ordem denegada e cassada a liminar.

(HC 78.553/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 319).

O caso discutido na ementa é de um advogado que elaborou um parecer que foi utilizado pelo autor do fato para praticar crime de fraude à licitação. Trata-se, certamente, de um caso de participação por ação neutra. O advogado, por meio de sua atuação profissional, contribuiu para a prática de um delito.

A decisão parece ter adotado a teoria subjetiva, defendida neste artigo. Nos interessa o último parágrafo da ementa, em que consta que o simples fato de ser advogado e ter fornecido um parecer não retira por si só a possibilidade da prática de um delito. Nesse caso, a decisão deixa implícito que a punibilidade ou não do advogado vai depender do dolo. Caso ele tenha atuado com a intenção de, em conjunto com o autor, fraudar a licitação, ele será cúmplice no delito. Caso não tenha o dolo, não será cúmplice. Contudo, destaca-se que, embora essa decisão não toque no assunto, não é possível responsabilizar o advogado a título de dolo eventual.

## Conclusão

A distinção entre autoria e participação deve ser feita a partir da teoria do domínio do fato de Roxin, sendo a participação sempre acessória. Adota-se, nesse



aspecto, a acessoriedade limitada.

Existe diferença entre lei e norma. A norma que antecede à lei tem o cidadão como destinatário, e mesmo, desprovida de coerção, é obrigatória. A lei, cria, regula e extingue o direito subjetivo de punir do Estado. No art. 121 do CPP a lei consiste em “matar alguém. Pena de 6 a 20 anos”. A norma é “não matar”.

A partir da distinção entre lei e norma, o fundamento de punibilidade do partícipe é a violação da norma. Desse modo, o partícipe não precisa praticar os elementos do tipo para ser punido, até mesmo porque a participação é acessória.

Considerando que o fundamento e punibilidade do partícipe é a violação da norma, o critério para punir ou não a participação por ações neutras não pode ser buscado em elementos objetivos, o partícipe pode não praticar esses elementos. O critério para a punibilidade da participação por ações neutras deve ser o dolo do agente. Se existe a vontade de cooperar com a ação do autor, este deve ser punido; caso contrário, não.

A particularidade da participação por ações neutras é não admitir a punição a título de dolo eventual, é necessário sempre o dolo direto. Isso porque o princípio da confiança atua na formação do elemento cognitivo impedindo a caracterização do dolo eventual.

## REFERÊNCIAS

- BATISTA, N. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Decreto lei 2849 de 7 de setembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 8 fev. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.553/SP. Acórdão da 5 turma. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRUNO, A. *Direito Penal – Parte geral*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- COSTA JR., P. J. *Nexo Causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- FRISCH, W. Beihilfe durch neutrle Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der UnrechtsKonstitution) der Beihilfe. *Festschrift für Klaus Luders*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 2002.

- GALVÃO, F. *Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. v. I. t. II. Rio de Janeiro. Forense, 1983.
- KAUFMANN, A. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- KINDHÄUSER, U. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências*, São Paulo, n. 108, p. 127-148, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.
- LEITE, A. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAURACH, R.; ZIPF, H. *Derecho penal*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RAMOS, B. V. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROXIN, C. Observações sobre a decisão da corte suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.
- ROXIN, C. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 2014.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.