

# O SENTIDO DA CUMPLICIDADE. UMA VISÃO CRÍTICA DAS CHAMADAS AÇÕES NEUTRAS COMO GRUPO DE CASOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

THE MEANING OF COMPLICITY. A CRITICAL VISION ABOUT THE NEUTRAL ACTION LIKE A GROUP OF CASES ON THE OBJECTIVE IMPUTATION THEORY.

*Paulo César Busato\**

## Resumo

O objeto do trabalho é investigar os critérios de estabelecimento de responsabilidade do cúmplice nas realizações do autor, especialmente no sentido crítico da recuperação dogmática da idéia de proibição de regresso a ações neutras como critério de imputação objetiva. Para isto, ocupa-se de situar a discussão existente desde suas origens até um panorama mais atual. Em seguida, e sem pretensões de esgotar a maté-

ria, aborda-se algumas construções que roçam a proposta que ao final se subscreve.

Palavras-chave: Responsabilidade. Cumplicidade. Concurso de agentes. Dolo significativo.

## Abstract

*The object of the study is to investigate the criteria for establishing liability of an accomplice in the achievements of the author, especially in the critical sense of the recovery of the dogmatic idea of banning return to neutral actions as a criterion of objective imputation. To do this, takes care to situate the existing discussion from its origins to a current overview. Then, with no pretensions to exhaust the subject, it approaches some buildings that graze the proposal that ultimately subscribes.*

Keywords: Responsibility. Complicity. Significant Dolo

## Introdução

O presente artigo trata de discutir os critérios de estabelecimento de responsabilidade do cúmplice nas realizações do autor, especialmente no sentido crítico da recuperação dogmática da idéia de proibição de regresso a ações neutras como critério de imputação objetiva.

Para isto, ocupa-se de situar a discussão existente desde suas

---

\* Paulo César Busato é professor do Programa de Pós-graduação em Direito penal da UFPR, Curitiba, Brasil. Procurador de Justiça do Estado do Paraná.

origens até um panorama mais atual. Em seguida, e sem pretensões de esgotar a matéria, aborda-se algumas construções que roçam a proposta que ao final se subscreve.

Finalmente, propõe-se um ponto de vista de distribuição da carga de responsabilidade ancorado na dimensão de sentido comunicativo, associado a um conceito de *dolo significativo* situado em uma pretensão subjetiva de ilicitude.

O tema tem relevância porque, ainda que não se admita completamente na doutrina brasileira, as matizações inseridas na teoria unitária sobre o concurso de pessoas com a reforma do Código penal em 1984, levam à necessidade de uma fundamentação lógica específica para a responsabilidade penal do partícipe, uma vez que não se pode imputar-lhe silogisticamente a realização do tipo da parte especial e a construção do concurso de pessoas é um dos pontos mais questionados da reforma do Código penal em curso neste momento no Brasil.

## 1. A origem da discussão sobre as chamadas ações neutras.

Há dois pontos de referência iniciais para a discussão do tema da teoria das ações neutras: uma sentença do Tribunal Supremo do Reich Alemão e uma tese doutrinária desenvolvida por Frank.

O caso multicitado é o caso RGSt, T. 64, p. 370, muito bem descrito por Naucke<sup>1</sup>:

"Um sujeito havia envenenado dolosamente sua esposa. Tinha recebido o veneno de sua amante. No processo não foi possível provar contra esta amante que ela tivesse determinado dolosamente ao marido levar a cabo o homicídio nem que lhe tivesse prestado ajuda dolosamente na realização do mesmo".

A questão então discutida é se é possível imputar à aman-

---

<sup>1</sup> NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal". In Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs e Claus Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

te a autoria de um delito de homicídio, mesmo que fosse por imprudência, que foi, definitivamente, o caminho seguido pela decisão da Corte<sup>2</sup>.

A contribuição de Frank<sup>3</sup>, tinha por objetivo oferecer uma nova fórmula de solução para os casos de contribuição imprudente para realizações delitivas dolosas. Frank oferecia o exemplo do caçador que deixa sua escopeta pendurada em lugar acessível e posteriormente, durante uma briga, esta é utilizada por outro para matar a um terceiro". Com vistas a não gerar responsabilidade para o caçador, Frank propõe que sua conduta seja considerada neutra.

---

<sup>2</sup> A informação é de Naucke in NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la prohibición de regreso...cit., p. 18.

<sup>3</sup> A tese, na realidade, está completamente desenvolvida in FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18ª ed., Tübingen: Mohr, 1931, pp. 14 e ss., mas já na 15ª ed. do livro estava esboçada, bem assim, ainda que sem referir especificamente ao termo *proibição de regresso*, figurou antes em MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*. Heidelberg: Winter, 1915, p. 153.

Importa destacar que Frank não rechaça simplesmente a teoria de equivalência dos antecedentes, apenas apresenta a tese de proibição de regresso às ações neutras como exceção de incidência da mencionada teoria<sup>4</sup>.

Até então, o problema de estabelecimento dos limites de responsabilidade se discutia no plano da causalidade. Costumava-se sustentar que a realização dolosa rompia o processo causal determinado pela prévia contribuição imprudente. Com isto se lograva justificar a não incriminação do partícipe imprudente no delito doloso.

Mas, a imposição da teoria da equivalência dos antecedentes causais como dominante em termos de causalidade, levou

---

<sup>4</sup> Convém sublinhar este aspecto porque, naquele momento, oferecia-se distintas fórmulas de solução do problema através da substituição da teoria de equivalência dos antecedentes causais por uma teoria da causalidade adequada, especialmente defendida por Von Bar. Cf. BAR, Ludwig von. *Gesetz Und Schuld Im Strafrecht: Fragen Des Geltenden Deutschen Strafrechts Und Seiner Reform*, Volume 2. Berlin: J. Guttentag, 1907, p. 209.

à admissibilidade de uma responsabilidade pelo fato dos partícipes imprudentes.

Com vistas a recortar tal imputação, desenvolveu Frank sua teoria das ações neutras.

A discussão que se estabeleceu ao redor dos anos 20 do Século XX, terminou com a vitória dos defensores da teoria da equivalência dos antecedentes que chegou a ser dominante até, no mínimo os anos 60 do Século XX<sup>5</sup>.

Importa assinalar alguns aspectos principais relacionados à origem da discussão sobre a teoria das ações neutras.

Em primeiro lugar, o fato de que sua aparição foi uma forma de reação frente às teorias da causalidade, ou seja, uma discussão de tipo objetivo.

Não obstante, a teoria se referia a um grupo de casos muito específico, cuja identificação dependia de uma análise subjetiva da distribuição de responsabilidades, ou seja,

as contribuições imprudentes a condutas delitivas dolosas.

É preciso destacar também, o contexto em que a discussão foi proposta, uma vez que era dominante na doutrina que o dolo e a imprudência seriam temas de culpabilidade e não tinham nada que ver com o injusto.

Assim, é perfeitamente possível identificar uma mescla de elementos objetivos e subjetivos necessária para a identificação da constelação de casos com os quais deveria enfrentar-se a teoria das ações neutras o que, certamente, supôs uma dificuldade a mais para que esta lograsse impor-se.

Outra questão que merece ser destacada no âmbito da origem da teoria das ações neutras é que se trata de uma teoria que – como costuma ser no cenário jurídico alemão – tem por objetivo principal a solução de um caso prático, que é precisamente um caso tratado pelo RGSt e, de maneira igual, a acolhida ou não da tese no âmbito acadêmico depende também, em boa medida, de sua acolhida pela *praxis* judicial.

---

<sup>5</sup> Ao menos, o artigo de Naucke (*Über der Regreßverbot im Strafrecht*) sobre o tema, escrito no ano de 1964, o aponta expressamente. Cf. NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la prohibición de regreso...cit., p. 21.

## 2. A renovação da discussão sobre as ações neutras no âmbito da teoria da imputação objetiva.

Depois de um período de certa acomodação do tema das ações neutras<sup>6</sup>, ele recuperou seu protagonismo<sup>7</sup> a partir do resgate feito por Jakobs<sup>8</sup>, em seus trabalhos sobre a imputação objetiva<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, o comentário recente de Roca de Agapito *en* ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas como problemática de la participación criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 166. Também AMELUNG, Knut. "Die 'Neutralisierung' geschäftsmaßiger Beiträge zu fremden Strftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands", *in* SAMSON ERICH (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 48.

<sup>7</sup> Até o ponto de ser qualificado como "tema de moda", por exemplo, por AMELUNG, Knut. "Die 'Neutralisierung' geschäftsmaßiger Beiträge...cit., p. 9.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung", *in* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* nº 89. Berlin: Walter de Gruyter, 1977, pp. 1 e ss.

<sup>9</sup> Também atribui a Jakobs o mérito de dar novo impulso à discussão

As razões para a recuperação da discussão se estribam, por um lado, no reconhecimento absoluto da insuficiência da teoria da causalidade para sustentar a responsabilidade penal no plano objetivo, remetendo à necessidade de discussão a respeito de critérios de imputação e, por outro, à pretensão de ampliação do alcance da teoria das ações neutras, dirigindo-a já a outros grupos de casos que não estavam abarcados por ela em seu princípio.

É mais que evidente que a superação da causalidade como fonte absoluta da determinação do injusto no plano objetivo, derivada da tendência à normativização da teoria do delito<sup>10</sup>, produziu

---

sobre a teoria das ações neutras Roca de Agapito *en* ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas...cit.*, pp. 165-166.

<sup>10</sup> O próprio Naucke, apontou para a vinculação da prevalência da teoria de equivalência das condições para tratar da contribuição imprudente do cúmplice para o delito doloso como produto de uma vinculação aos conceitos ontológicos de ação que serviram de base a sucessivos sistemas de imputação. Cf. NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la

um ceticismo sobre a capacidade de rendimento da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Isto tem efeitos diretos para a teoria das ações neutras, uma vez que aquela foi responsável pela superação desta.

De outro lado, foi proposta uma ampliação do âmbito dos casos abrangidos pela teoria das ações neutras, incluindo nela os casos de contribuições dolosas a delitos dolosos<sup>11</sup> além de muitas outras figuras que nem sequer poderiam estar associadas a tais casos como "a autoria acessória imprudente, o tornar possível autolesões dolosas, o tornar possível um fato cometido por um autor inimpunível, a imbricação de atuar doloso e imprudente, a atua-

ção conjunta dolosa não ajustada entre várias pessoas"<sup>12</sup>.

Com isto, passaria a ser indiferente a questão subjetiva para a constelação de casos alcançados pela teoria, que se tornou um verdadeiro critério de imputação objetiva.

O problema passa, como é obvio, por dois pontos: o primeiro seria criar critérios capazes de identificar, com razoável grau de certeza quais contribuições para o delito efetivamente merecem o rótulo de *neutras*<sup>13</sup>; o segundo, é demonstrar que o critério de identificação das *ações neutras* tem lugar entre os critérios de imputação objetiva, ou seja, pode solucionar as questões no plano objetivo da imputação.

Não parece, a meu juízo, que nem uma nem outra coisa estejam muito claras, senão bem pelo contrário, não apenas há uma enorme dificul-

---

prohibición de regreso...cit., pp. 22-23.

<sup>11</sup> Assim, por exemplo, Jakobs in JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corrigida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 842.

---

<sup>12</sup> A informação é de NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la prohibición de regreso...cit., p. 19, nota 7.

<sup>13</sup> Como efetivamente já percebeu Luís Greco in GRECO, Luís. *Cumplimiento através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 105.

dade em definir com precisão ações neutras – salvo, quiçá, por exclusão - como ainda, a definição em concreto de um critério capaz de oferecer segurança para estabelecer a relevância dos distintos casos de cumplicidade, ultrapassa o campo do tipo de ação e alcança a pretensão subjetiva de ilicitude.

### **3. O adversário da teoria das ações neutras não é a causalidade.**

Não se pode lograr mais a recuperação do espaço para a teoria das ações neutras no âmbito da imputação do tipo objetivo, mediante o expediente de contrapô-la à teoria da equivalência dos antecedentes.

Ainda que no tempo de Frank a oposição à teoria das ações neutras tenha vindo da afirmação da teoria da equivalência dos antecedentes causais, isto deriva de que então os principais sistemas de imputação se vinculavam a uma base teórica ontológica.

Hoje em dia, se há um consenso doutrinário, ele reside exatamente na superação das

bases ontológicas da teoria do delito.

Isto possui especial relevância no plano do tipo objetivo, uma vez que se impôs a teoria da imputação objetiva, até o ponto de que não se aceita mais uma idéia de teoria da causalidade como suficiente para imputar objetivamente um resultado típico, exigindo-se, ao menos, o complemento com critérios normativos de imputação, ficando por discutir simplesmente a aceitação ou não de alguma importância para a causalidade<sup>14</sup>.

A questão, portanto, não é mais uma superação da idéia de causalidade adequada, mas sim saber se efetivamente é possível o traslado da idéia de ações neutras para o campo da imputação objetiva, com a ampliação dos casos de sua aplicação, bem assim, se o critério oferece alguma vantagem em relação aos demais critérios de imputação objetiva no que refere à atribuição

---

<sup>14</sup> Veja-se a respeito disso DÍAZ PITA, María del Mar. “¿Qué queda de la causalidad?”. In *Revista de Derecho Penal Y Criminología* n. 4, 2ª época, Julho de 1999, Madrid: UNED, 1999, p. 523.

de responsabilidade ao cúmplice.

Inclusive porque a doutrina majoritária está de acordo que a cumplicidade tem que ser causal para o resultado<sup>15</sup>. A causalidade, porém, não pode ser confundida com a essencialidade, ou seja, o que exige a causalidade não é que a cumplicidade seja *conditio sine qua non* para a produção ou não produção do resultado, isso sim, se exige a demonstração de que sem tal contribuição, o resultado não teria ocorrido da *forma como ocor-*

*ren*<sup>16</sup>, o que é bastante distinto. Por exemplo: aquele que entrega o veneno ao assassino não fica isento de responsabilidade pelo resultado se o executor, depois de dar o veneno à vítima e ver como esta fica inconsciente, mas antes que termine de produzir seu efeito, resolve, apenas para ter certeza do resultado, cortar o pescoço da vítima.

Mas, é também evidente que não basta a causalidade a respeito do resultado, sendo necessário que haja uma contribuição normativa na participação.

A análise do que pode ser esta contribuição normativa é o que vai definir se existe um espaço para a ressurreição da teoria das ações neutras, na maior parte das teses, como critério de imputação objetiva referido à cumplicidade.

#### **4. Distintas visões sobre os limites da responsabilidade do cúmplice.**

Há uma enorme variação de posicionamentos na doutrina

---

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad?, in *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007, p. 537. No mesmo sentido BOCKELMANN, Paul e VOLK, Claus. *Dereito penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 239; MAURACH, Reinhard; ZIPF, Hans y GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal. Parte General. 2*. Trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 456; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 143.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido o esclarecimento de Roxin in ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad?...*cit.*, p. 538.

sobre os limites da responsabilidade do cúmplice. Não há uniformidade nem a respeito de qual é o critério de imputação objetiva que delimita tal responsabilidade, nem se é possível tal delimitação no plano do tipo objetivo<sup>17</sup>.

Não caberia, no espaço de um simples artigo, fazer um completo repasse por todas as posições a respeito do te-

ma. Assim, o que se fará, a seguir, é apenas descrever um breve panorama de contribuições que em minha avaliação representam pontos-chave da moderna discussão sobre o tema.

#### **4.1. As ações neutras como critério de imputação objetiva para la determinação dos limites de responsabilidade por cumplicidade. A tese de Jakobs.**

Jakobs<sup>18</sup> desenvolveu uma passagem dos casos básicos da teoria das ações neutras – as contribuições imprudentes causalmente vinculadas à realização de um delito doloso – para o âmbito de uma regra geral de imputação. ele defende uma idéia de substituição da causalidade como condição ontológica pelos

---

<sup>17</sup> Por exemplo, Wiegand fala em eficácia quantitativa da facilitação do delito WEIGAND, Thomas. “Grenzen strafbarer Beihilfe”, in *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. (Albin Eser ed.). Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 197 e ss., Löwe-Krahl en LÖWE-KRAHL, Oliver. *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*. Stuttgart: Richard Boorberg, 1990 e de modo similar Luís Greco in GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras...cit.*, exploram o princípio de proporcionalidade. Harro Otto, por seu turno, utiliza a tese de incremento do risco a partir da possibilidade ou capacidade de manejar uma condição que está a disposição do autor no caso concreto para evitar o resultado. Cf. OTTO, Harro. "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht". In *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, pp. 91 e ss.

---

<sup>18</sup> Sua primeira contribuição foi JAKOBS, Günther. *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt...cit.*, pp. 1 e ss..Veja-se, especificamente sobre o tema, o capítulo sobre *la imputación objetiva en la participación, accesoriedad y prohibición de regreso*. In JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva em direito penal*. Trad. de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, pp. 54 e ss.

critérios axiológicos de imputação, sem que caiba falar de equivalência de condições<sup>19</sup>. E é justamente este isolamento da causalidade e o uso de cursos causais hipotéticos que permite a Jakobs sustentar que “o comerciante de alimentos que vende produtos em bom estado não responde por cumplicidade em um homicídio no caso de saber que o comprador pensa em manipular o gênero alimentício para cometer um homicídio com emprego de veneno” assim como “o taxista não responde pelo delito que cometa o cliente, uma vez chegado ao seu destino, ainda que este tenha anunciado suas intenções no caminho”, por que tais contribuições, “podem ser obtidas em qualquer parte”<sup>20</sup>, ou seja, o autor teria conseguido obter mesmo que não estivesse presente o su-

posto cúmplice, pelo que, são contribuições essencialmente neutras.

Sua idéia é excluir da responsabilidade pelo resultado já no plano do tipo objetivo do partícipe cuja contribuição para o fato tenha consistido em uma *ação cotidiana* ou *neutra*. Ao aproveitar a idéia de proibição de regresso para estabelecer critérios de imputação objetiva, afirma-se a necessidade de exclusão de responsabilidade das pessoas que, atuando segundo o papel que lhes cabia na relação social, eventualmente possam ter contribuído para a realização de um delito<sup>21</sup>. O autor entende que em muitos casos de ações cotidianas, a participação é somente aparente, porque, na realidade, a contribuição do cúmplice não promove o *rompimento de um rol*, que é o que estriba a desaprovação jurídica.

Evidentemente, a fonte do estudo é a posição de garante que é própria do delito omissivo, mas que Jakobs exige tanto para os casos de omis-

<sup>19</sup> Nesse sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 229.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva em direito penal...cit.*, p. 62. Em detalhes, com variados exemplos, também in JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 844-846.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva em direito penal...cit.*, p 20.

são quanto para os casos de ação.

O comportamento já no plano objetivo, deve ser interpretado dentro do limite de seu papel ou rol social. Por exemplo: se o sujeito compra um pão e o utiliza para adicionar veneno e matar alguém a quem o pão é oferecido, o padeiro jamais poderá ser imputado como cúmplice, simplesmente porque ele atuou como padeiro, dentro de seu papel, que consiste justamente em vender pães e a imputação não pode regressar ao ponto de alcançá-lo<sup>22</sup>.

A responsabilidade por qualquer contribuição ao delito, estaria automaticamente afastada quando "seu comportamento, para o momento de sua execução não depende em absoluto de que o executor continue a ação que realiza o tipo"<sup>23</sup>. Isto teria lugar em dois casos: quando não existe identidade comum entre as condutas, mas a realização do delito posterior

deriva de modo completamente arbitrário<sup>24</sup> ou quando a própria contribuição, comum ou necessária ao fato pode ser obtida de outra forma<sup>25</sup>.

Em nenhum destes casos, mesmo que o cúmplice subesse estar contribuindo para uma realização delitiva, entende Jakobs que o cúmplice possa sofrer o castigo, porque não rompeu o seu rol social.

Em resumo, para Jakobs, o núcleo da relevância da contribuição do cúmplice está na defraudação de expectativas a respeito do seu próprio rol social.

Ainda que a proposta de Jakobs seja perfeitamente congruente com sua tese geral sobre o sistema de imputação, que põe no centro de tudo a preservação da estabilidade normativa com base nas expectativas a respeito dos papéis ou rôis sociais que se atribui a cada um, a evidente artificialidade de tal construção, assim como a

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva em direito penal...cit.*, p. 63.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 843.

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 844.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...cit.*, p. 844.

indiferença que mantém a respeito das conseqüências político criminais da aplicação prática do sistema<sup>26</sup>, tornam difícil sua aceitação.

Importa observar que esta linha de raciocínio exclui a possibilidade de imputação já no campo objetivo, ou seja, torna absolutamente irrelevante a análise da orientação subjetiva do cúmplice. Para ele, definitivamente, não é um problema de dolo, mas simplesmente de imputação objetiva<sup>27</sup>.

#### 4.2. A solidariedade com o injusto alheio. A tese de Schumann.

Schumann<sup>28</sup> sustenta que o cerne da responsabilidade do

cúmplice se situa em uma solidariedade para com o injusto alheio.

O critério utilizado pelo autor para a atribuição de responsabilidade ao partícipe neste caso específico é também por ele considerado um critério geral de imputação objetiva.

O autor começa por situar a questão de que deve existir alguma contribuição do cúmplice ao delito do autor para que se estabeleça sua responsabilidade, pois, pelo contrário, estaria o cúmplice responsabilizado pelo fato alheio<sup>29</sup>.

A atuação do cúmplice deve conter um desvalor de ato<sup>30</sup> que seja reconhecido pela comunidade como um exemplo insuportável de que o cúmplice se colocou ao lado do autor na realização do injusto, prestando-lhe *solidariedade*<sup>31</sup>.

Schumann identifica alguns critérios para o reconheci-

---

<sup>26</sup> Veja-se, por todos, contundente crítica de Roxin a Jakobs in ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 65-70.

<sup>27</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General...*cit., p. 259-260.

<sup>28</sup> Assim em SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

---

<sup>29</sup> SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*cit., pp. 44 e ss.

<sup>30</sup> O termo utilizado é *Aktunwert*.

<sup>31</sup> Cf. SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*cit., pp. 50-51.

mento de quando se produz a mencionada solidariedade.

O primeiro critério é a proximidade ao fato<sup>32</sup>, como um fator temporal de identificação. Ou seja, resulta relevante a imediação entre a contribuição do partícipe e a realização do autor<sup>33</sup>. Ademais, a contribuição do partícipe deveria favorecer aspectos *nucleares* do injusto típico<sup>34</sup>. Em terceiro lugar – e aqui coincidindo diretamente com Jakobs – exclui a responsabilidade do cúmplice que realizou não mais que sua rotina profissional cotidiana<sup>35</sup>.

As conseqüências não são aceitáveis. Se a distância temporal entre o fato delitivo e a

contribuição do cúmplice, se estaria fazendo a responsabilidade do partícipe depender de uma aleatória decisão do autor a respeito de quando utilizar o instrumento que lhe aportou o cúmplice, o que não é, definitivamente, lógico. Em segundo lugar, é pouco claro o que seja o favorecer aspectos *nucleares* do injusto. Se estamos falando do núcleo do tipo, ou seja, o verbo, então o que empresta a arma não é cúmplice do homicídio, por exemplo, o que tampouco parece correto. Se a interpretação sobre o que é *nuclear* não significa isso, então, seria preciso esclarecer o que se quer dizer.

Finalmente, a aceitação da atividade profissional cotidiana não pode, simplesmente, ser reconhecida de antemão como não geradora de responsabilidade, porque existe uma grande quantidade de atividades profissionais que supõem um elevado nível de risco.

#### 4.3. O *incremento causal do risco*. Tese de Roxin e a variação de Schaffstein.

<sup>32</sup> SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsrecht...cit.*, p. 57.

<sup>33</sup> De modo similar, em especial com referencia à questão da proximidade entre as contribuições, desenvolve critério similar Feijóo Sánchez in FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Comares, 1999, pp. 59 e ss.

<sup>34</sup> SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsrecht...cit.*, p. 54.

<sup>35</sup> SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsrecht...cit.*, p. 62.

Roxin<sup>36</sup> define a contribuição do cúmplice como um ataque acessório ao bem jurídico que promove um *incremento causal do risco*.

Ou seja, nem todas as participações que estejam em uma linha de causalidade com o resultado igualmente são merecedoras da reprovação penal, mas somente as que incrementam causalmente o risco de produção do resultado. Parte-se de que a imputação objetiva se compõe de critérios axiológicos que devem somar-se à causalidade para a afirmação do tipo objetivo.

Nesse sentido Roxin<sup>37</sup> refere que “o princípio do incremento do risco só se vê corretamente empregado quando, igual ao que em geral na imputação objetiva, é adicionado à causalidade”.

Aproximando-se de Roxin, Schaffstein<sup>38</sup> afirma que o

incremento do risco deve ser medido através da comparação com cursos causais hipotéticos.

A seguir, na proposta de Schaffstein<sup>39</sup>, ocorre a exclusão da responsabilidade do cúmplice, por exemplo, quando o autor pudesse realizar só, sem a ajuda do cúmplice, a contribuição recebida deste como é o caso do ladrão que pudesse arrastar só a escada que lhe trouxe o cúmplice, e com isto, igualmente alcançar a janela da casa, ou ainda, o transporte do autor até o local do delito no carro coisa que ele poderia fazer sozinho. Nestes casos, enten-

---

*Festschrift für Richard M. Honig*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, pp. 169 e ss. Existe tradução para o espanhol de Marcelo A. Sancinetti, publicada como SCHAFFSTEIN, Friedrich. “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, in *Causalidad, riesgo e imputación*. (Marcelo A. Sancinetti – comp.). Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 177 e ss.

<sup>39</sup> SCHAFFSTEIN, Friedrich. “El incremento del riesgo como principio...cit., p. 196.

---

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...cit., p. 551.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...cit., p. 551.

<sup>38</sup> SCHAFFSTEIN, Friedrich. “Die Risikohöherhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe”, en

de Schaffstein<sup>40</sup> que não há incremento do risco, porque a realização do fato pelo autor não facilitada pela conduta do cúmplice.

Roxin<sup>41</sup> não está de acordo, porque vê nestas contribuições, uma relação de causalidade para com o resultado que só se pode afastar mediante a suposição de cursos causais hipotéticos, o que, em termos de imputação não é permitido. Ademais, sustenta que isto levaria a deixar fora do âmbito da imputação uma circunstância causal que, sob um juízo objetivo *ex-ante*, eleva as possibilidades do resultado, se depois de que este se consuma, resulta ser supérflua. Com isto, por exemplo, estaria fora do âmbito de imputação quem vigia para que o autor cometa o furto, sempre que não haja aproximação de terceiros<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> SCHAFFSTEIN, Friedrich. “El incremento del riesgo como principio...*cit.*, p. 200.

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 552.

<sup>42</sup> O exemplo está em ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 552-553.

Na visão de Roxin<sup>43</sup>, “um furto assegurado mediante a vigilância é outra modalidade de execução em relação à comissão de um furto *não protegido*. E tal contribuição causal também incrementa as possibilidades de alcançar êxito no resultado, porque reduz o risco de ser descoberto e fracassar. A questão de o que teria feito o autor se não contasse com a colaboração de nenhum vigilante desemboca novamente na consideração de cursos causais hipotéticos e por isso está vedada desde o princípio”.

O importante é que o critério de imputação objetiva deve ter em conta a importância causal e de incremento do risco no momento de realização da conduta pelo autor e não no momento de realização do resultado e exclusivamente com base no que se passa não no que pudesse ter ocorrido. Por isso, diz Roxin “se na metade do caminho o ladrão de casas faz regressar o cúmplice que está levando a escada, porque decidiu outra

---

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 553.

forma de penetrar na casa, somente existe uma tentativa impune de cumplicidade. Se o ladrão cai da escada ao tratar de subir e escolhe outro caminho para entrar na casa, então isto somente é uma cumplicidade a uma tentativa de furto”<sup>44</sup>.

Efetivamente a idéia de afastar a possibilidade de imputação no plano do tipo objetivo sem acudir à idéia de causalidade porque, verificados cursos causais hipotéticos, não é possível afirmar um incremento do risco derivado da contribuição, parece, no mínimo, temerário.

É que a conclusão não possui critérios de delimitação definidos. Ou seja, buscar identificá-las segundo se sua hipotética supressão resultaria ou não em dificuldades para o autor cometer o delito remete falsamente a outra decisão normativa que não esclarece nada: quando se pode efetivamente dizer que seria dificultada uma ação criminal que não ocorreu? ou ainda: a partir de que nível de dificul-

dade se pode falar de uma ação não neutra?

Mesmo que fosse possível imaginar com alguma margem de segurança o curso causal hipotético, é preciso considerar que é certo existir sempre um prejuízo – no mínimo, de tempo, de eficiência – em um rechaço hipotético do cúmplice.

Assim, queda completamente comprometida a verificação normativa do âmbito do punível na contribuição do cúmplice.

Por isso, não parece que pela via da exclusão hipotética da contribuição, no plano objetivo, se logre alguma capacidade de rendimento da delimitação do âmbito de relevância da contribuição, ou que se possa chegar a qualificar qualquer classe de conduta como efetivamente *neutra*.

Se as proposições que se valem de cursos causais hipotéticos e se afastam da causalidade não são suficientes para determinar o que são as contribuições que podem gerar responsabilidade por cumplicidade e, por exclusão, que são as ações neutras, disso se pode retirar algumas conclu-

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 553.

sões provisórias: a presença de uma causalidade é um elemento fundamental na determinação da responsabilidade do cúmplice. As contribuições relevantes devem ser causais para a realização do autor. Por outra, a causalidade não é suficiente.

Por isso, teria que seguir buscando os elementos normativos complementares do juízo de causalidade para a afirmação dos limites de relevância da cumplicidade.

Roxin busca a identificação do *incremento do risco* como uma fórmula geral da imputação objetiva que efetivamente aplicada como complemento da causalidade aos casos de cumplicidade, pode conduzir a uma solução congruente e, ao mesmo tempo satisfatória em termos político criminais, para a identificação das contribuições relevantes e as meras ações neutras<sup>45</sup>.

Roxin marca precisamente isto com dois exemplos: “emprestar um acendedor é seguramente uma ação cotidiana neutra, por si; mas quan-

do ocorre com a finalidade declarada de incendiar um paiol, dificilmente se tenderá a rechaçar uma cumplicidade. Quando um taxista leva o autor ao lugar dos fatos, estando ciente do fato do que este planeja ou executou (BGH GA 1981, 133, y s.) ou o recolhe dali com el butim (BGHSt 4, 107), então o transporte com o táxi sob uma retribuição econômica normal é certamente um negócio cotidiano; a pesar de tudo, o BGH afirmou uma punibilidade em ambos os casos”<sup>46</sup>.

Definitivamente não é o mesmo comprar um pão na padaria, ao qual se vai acrescentar veneno antes de oferecê-lo à vítima, simplesmente pedindo um pão ao padeiro e pedir ao padeiro um pão de ervas, que tem sabor intenso, capaz de disfarçar sabor do veneno que se pretende adicionar a ele para fins homicidas.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 551.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, pp. 555-556.

Neste caso, como bem sublinha Roxin<sup>47</sup>, o conhecimento do cúmplice o coloca em condições idênticas a um eventual outro cúmplice que forneceu ao autor o veneno. Como seria possível castigar a um e deixar impune a outro? Efetivamente, no plano unicamente objetivo da contribuição a que o fato se tenha realizado da forma como se realizou e que a contribuição seja relevante para a criação ou incremento do risco ao resultado, parece que não se pode diferenciar entre uma e outra a níveis de determinação da impunidade ou castigo.

Esta é exatamente a conclusão a que chega Roxin quando refere que “é necessário admitir uma cumplicidade punível quando a contribuição tenha uma *relação delitiva de sentido*”<sup>48</sup> e complementa,

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 558.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 556. A expressão usada é “deliktischer Sinnbezug” que também se poderia traduzir por *referencia de sentido delitivo* e também se utiliza in ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II.*

explicando que “isto ocorre quando a contribuição tem valor para o autor somente sob o pressuposto do delito planejado, e o *contribuinte* também sabe disto”<sup>49</sup>.

É verdade que em sua primeiro análise do tema<sup>50</sup>, Roxin tentava delimitar a questão de o que é o *sentido* acudindo à diferenciação entre o dolo eventual e o dolo direto na conduta do cúmplice, com isso, aparentemente assumindo que o tema, ao menos em parte, merece discussão no plano subjetivo<sup>51</sup>. Mas, depois, abandonou tal referên-

---

*Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* München: C.H.Beck, 2003, p. 208.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 556.

<sup>50</sup> Véase ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad?...*cit.*, p. 556 (Esta tradução se publicou originalmente como ROXIN, Claus. “Was ist Beihilfe?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses* (Hans Heiner Kühne – comp.). Baden-Baden: Nomos, 1995, pp. 501-517.

<sup>51</sup> Esta é, também, a avaliação que faz da posição de Roxin Roca de Agapito in ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas...**cit.*, pp. 310-312

cia específica<sup>52</sup> a favor de falar que são relevantes as ações que tem em si natureza delitiva (literalmente *deliktischer Natur*) ou ações que, ainda que em si mesmas sejam legais, esgotam sua utilidade para o autor, em uma prática delitiva de que saiba o cúmplice, enquanto que seriam neutras aquelas onde aquele que atua o faz em estado de dúvida, à qual se reportaria relevância com apoio no princípio de confiança<sup>53</sup>.

Esta vacilante posição de Roxin abre passo para críticas a suas propostas por sua imprecisão<sup>54</sup>.

Com efeito, tem razão Roxin quando descobre a dimensão de sentido como a chave para a solução do problema, mas nem consegue estabelecer conexão com suas próprias teses a respeito do dolo nem, por outro lado, chega a ofere-

cer bases seguras em relação à imputação objetiva, uma vez que acaba por socorrer-se do princípio de confiança que ele mesmo sustenta estar cheio de exceções<sup>55</sup>.

Por fim, é justamente o intento que objetivização e a não assunção de uma perspectiva claramente subjetiva o que termina por conduzir a tese de Roxin a ser criticável.

#### 4.4. O *sentido delitivo* em Frisch.

Resulta interessante, ainda assim, que na mesma busca de fixar critérios axiológicos de identificação e delimitação das ações neutras na cumulidade, tenha chegado Frisch igualmente a uma idéia próxima à de Roxin a respeito de que a delimitação deve vir do *sentido delitivo* da contribuição.

Do mesmo modo que Roxin, Frisch busca encontrar a solução para a delimitação das contribuições neutras a partir

<sup>52</sup> Por exemplo, no segundo tomo do seu tratado ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. ...cit.*, pp. 207 y ss..

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II...cit.*, p. 208.

<sup>54</sup> Veja-se, por exemplo, GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras...cit.*, p. 86.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito.* Trad. De Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 1005.

de seus critérios gerais da imputação.

Sua proposição é que a tipicidade da conduta depende de que “possa estar legitimada a restrição de liberdade a ela conectada”<sup>56</sup> e, para isso, esta conduta tem que ser adequada, necessária e idônea para a proteção de bens jurídicos e proporcional às conseqüências que gera<sup>57</sup>.

Por outro lado, os comportamentos típicos podem corresponder a uma realização direta de um comportamento perigoso ao bem jurídico<sup>58</sup>; os que geram perigo ao bem jurídico se combinados com a conduta da vítima<sup>59</sup> e os que geram perigo para o bem

jurídico quando combinados com conduta de terceiro<sup>60</sup>.

É justamente este terceiro grupo de casos o que vai cuidar das hipóteses de cumulatividade tanto material quanto psíquica<sup>61</sup>.

E é nesse ponto onde Frisch<sup>62</sup> sustenta que a proibição da conduta depende de seu *sentido inequivocamente delitivo*.

Como se nota, Frisch percebe igualmente a existência de uma dimensão normativa na

---

<sup>60</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 249.

<sup>61</sup> O autor refere a que o conjunto de casos “abarca desde a entrega de distintos objetos (desde uma arma em sentido técnico ou um veneno até um talher ou una tesoura) com o qual terceiros cometem delitos, ou deixar ao alcance de outros tais objetos, passando por dar informação ou deixar a sós pessoas que a em seguida matam aos sujeitos sob proteção de ambos, até o motivar (muitas vezes sem pensar) resoluções delitivas alheias, ou o comportamento imprudente alheio e o favorecimento de deficiências pessoais que a seu ver operam favorecendo delitos” FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 249.

<sup>62</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 300.

---

<sup>56</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 84.

<sup>57</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 85.

<sup>58</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 105.

<sup>59</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 165.

identidade do que tem ou não tem *sentido delitivo* a efeitos de contribuição para a realização delitiva do autor.

Mas, logo incorre em um erro parecido com o de Roxin quando tenta preservar, a todo custo, o recorte das ações neutras no plano objetivo da tipicidade. Frisch tenta precisar o que é o *sentido delitivo da* contribuição através de idéias esgotadas como de *proximidade ao fato*, discutindo o âmbito de relevância das contribuições “fora da autêntica fase comissiva”<sup>63</sup>, *o ajuste da conduta às necessidades do autor* de tal modo que “dela, em sua totalidade ou alguma parte, não se deduz outro sentido além de possibilitar ou facilitar o comportamento delitivo alheio”<sup>64</sup> ou, ainda, quando “por sua materialização satisfazem as resoluções delitivas de outros”<sup>65</sup>. Conclui

com o equivocado suporte nos cursos causais hipotéticos, ao dizer que a proibição de condutas que carecem de sentido delitivo não é um meio idôneo para a proteção de bens jurídicos, já que o autor poderia obtê-las em outro lugar, com alguém que ignorasse seus planos<sup>66</sup>.

É mais que evidente que esta fórmula de dimensão de sentido não é nada mais que uma análise normativa do dolo, segundo corretos critérios comunicacionais.

Roxin o intuiu em um primeiro momento, mas, logo, fuge do dolo quando percebe que, por um lado, um dolo natural não pode limitar nada normativamente e, por outro, sua concepção do dolo normativo não se restringe ao plano da tipicidade<sup>67</sup> onde insiste em situar o problema.

O mesmo se passa com Frisch que a final de contas mantém uma idéia de que a referência de *sentido delitivo* é

<sup>63</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 310.

<sup>64</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 311.

<sup>65</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 312.

<sup>66</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamento típico e imputación del resultado...cit.*, pp. 314-315.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1973, p. 42.

nada mais do que um dado objetivo que não muda nada em relação a uma eventual pretensão do sujeito de facilitar o atuar delitivo alheio<sup>68</sup>.

A contribuição do cúmplice transmite o sentido de uma ajuda relevante para a realização do plano do autor e tal relevância é reconhecida pelo próprio cúmplice.

O problema, de que seguramente nem Roxin nem Frisch se deram conta, é que não se pode presumir no plano objetivo nem o quando e nem o se as ações cotidianas de cumplicidade são dotadas de *sentido*, mas, o *sentido da* contribuição reside precisamente no dolo. Mas não o dolo natural, e sim o dolo normativo. Mas tampouco qualquer classe de dolo normativo, mas sim o dolo comunicativo, *significativo*, o dolo como expressão de sentido do compromisso para com a produção do resultado.

---

<sup>68</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado...cit.*, p. 305.

#### **4.6. A cumplicidade como *sentido conjunto*. A tese de Robles Planas.**

Partindo das conclusões de Schumann a respeito da idéia de autorresponsabilidade e tentando conjugá-la com a acessoriedade, Robles Planas defende que a fonte de responsabilidade do partícipe é uma *relação de sentido conjunto*, o que quer dizer que o fato pode ser reconhecido como próprio tanto pelo autor quanto pelo cúmplice<sup>69</sup>.

Considero o trabalho deste autor uma contribuição de suma importância para a correta apreciação dos casos correspondentes, ainda que igualmente padeça de uma inexplicável incompreensão a respeito do terreno dogmáti-

---

<sup>69</sup> O autor desenvolve sua tese em dois trabalhos essenciais: ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 6, 2000, pp. 223-251 y ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 190-210.

co onde se situa sua discussão.

Tratarei, neste tópico, de destacar os muitos méritos que tem sua concepção e igualmente apontar o que considero sejam suas debilidades argumentativas, igualmente importantes.

Para Robles Planas há alguns pontos básicos que se deve firmar com anterioridade para discutir os limites da participação imprudente.

Em primeiro lugar, o critério de determinação da responsabilidade do partícipe deve corresponder ao critério determinante da responsabilidade em geral<sup>70</sup>. Em segundo lugar, deve existir uma razão determinante específica para a responsabilização do partícipe, ou seja, a responsabilidade deve derivar de uma autodeterminação e não da determinação delitiva alheia<sup>71</sup>. Em terceiro lugar, o tema deve ser

discutido no campo do tipo objetivo<sup>72</sup>.

Este eixo de responsabilidade, o autor situa – a meu sentir, corretamente – no fato de que a contribuição do cúmplice deve ser identificada como possuidora de um *sentido conjunto* à realização do autor<sup>73</sup>. Ou seja, o cúmplice deve co-configurar o fato típico, aportando algo que ultrapasse o limite de risco permitido e traduza o significado inequívoco de fazer parte do fato delitivo. Assim estaria justificado, segundo sua idéia, que fosse estendida retroativamente a tipicidade do fato principal, uma vez que a contribuição própria do cúmplice pode – e em geral, o é – em si mesma, atípica.

Com isso, a contribuição do cúmplice deve revelar-se como "um inequívoco primeiro

---

<sup>70</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 76.

<sup>71</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., pp. 241-242.

---

<sup>72</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., p. 241 e ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 76.

<sup>73</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 243.

passo em direção do fato"<sup>74</sup>, que se revela pela violação de deveres especiais derivados do próprio sistema de proibições ou por uma "conduta inequívoca de *adaptação ou acoplamento ao fato que vai ser cometido*"<sup>75</sup>.

E aqui termina nossa coincidência.

É que Robles Planas opta, visando justificar o que entende por *sentido conjunto* à realização do autor, ao apoiar-se confessadamente nas teses de Jakobs e Frisch<sup>76</sup>, sustentando expressamente que "a relação de sentido antes apontada é independente da subjetividade do interveniente"<sup>77</sup> e que "a subjetividade do partícipe não oferece nenhum

dado relevante para a imputação do fato"<sup>78</sup>.

Disso deduz a completa irrelevância da distinção entre dolo e imprudência da contribuição do cúmplice, pelo que, só quando esteja formada uma unidade de sentido relevante para com a conduta do autor se passaria à análise dos dados subjetivos<sup>79</sup>.

A opção por situar o tema em um plano objetivo é defendida pelo autor não através da apresentação de supostas vantagens de sua proposta, mas sim por meio de um ataque violento às concepções subjetivas, pretendendo expor suas debilidades.

Na realidade, como se notará a seguir, é justamente neste ponto onde revela ele próprio a debilidade de sua proposta frente a um ponto de vista que pudesse ser similar, situado no plano subjetivo.

O primeiro aspecto destacado por Robles a favor da discussão objetiva é de ordem lógi-

---

<sup>74</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 80.

<sup>75</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 80.

<sup>76</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., p. 243.

<sup>77</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., p. 244.

---

<sup>78</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., p. 244.

<sup>79</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia"...cit., p. 245.

ca. Sustenta que a contribuição do cúmplice, no momento em que se realiza, justamente por razões de acessori-idade, é um "nada jurídico-penal", com o que, não poderia já adquirir o caráter de um "nada doloso" ou "nada imprudente", até que a atividade do autor alcance, no mínimo, grau de tentativa.

A afirmação é completamente vazia. É que a contribuição do cúmplice é um "nada jurídico-penal" tanto vista desde o plano subjetivo quanto objetivo. Não só não é dolosa nem imprudente, mas tampouco é realização de um risco não permitido, pois não se castiga enquanto não entre em ação o autor.

Fica evidente que Robles segue interpretando o dolo e a imprudência como dados naturais, vinculados à mente do atuante, quando na realidade já se sabe dominante a perspectiva atributiva inclusive do dolo. Isto se revela por sua afirmação crítica às teorias subjetivas no sentido de que "incorrem no erro metodológico de inverter a análise e situar o problema em sede de tipicidade subjetiva sem

que se tenha fundamentado antes a periculosidade objetiva" o que consistiria no castigo do "mero saber"<sup>80</sup>. Na realidade, isto só ocorre se partir-se da falsa idéia de que o dolo possa ser uma "entidade no mundo do ser", coisa que, definitivamente, não é sustentável.

Assim, pensados o dolo e a imprudência no plano normativo, é obrigatório reconhecer que se trata, do mesmo modo que o risco não permitido, de uma atribuição que se realiza *a posteriori* com relação à realização do fato que se atribui o caráter delitivo. Ou seja, tanto a parte objetiva quanto a parte subjetiva do injusto se atribui *a posteriori*. Nada vem antes. Não se pode confundir *dolo* (uma categoria de construção teórico-atributiva) com intenção (uma categoria ontológica).

É, portanto, completamente desprovida de sentido a afirmação de que "uma conduta não perde seu significado delitivo porque ao sujeito

---

<sup>80</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 77.

falte intenção de favorecer o delito alheio, tampouco o recebe pelo mero fato de que queira favorecê-lo"<sup>81</sup>. Fica, pois, expressa e evidente a confusão entre intenção e dolo. É pior, justamente por confundir dolo com intenção, Robles termina por atribuir o dolo ao sujeito e não ao fato do sujeito, convertendo o modelo de imputação do fato em um modelo de imputação do autor.

Finalmente, em sentido prático, a situação da dimensão de sentido no plano objetivo pode produzir graves problemas de imputação, excluindo responsabilidade já no plano objetivo da pretensão conceitual de relevância, quando a evidencia de que há sentido na contribuição se identifica tão somente a partir do processo de comunicação que transmite a idéia a respeito do que *sabe* ou *não sabe* o cúmplice. Com um exemplo já várias vezes aventado neste trabalho: a venda de um pão de ervas pelo padeiro a quem

afinal o utiliza para envenenar sua mulher não chega a ser, por nenhum critério objetivo proposto dotado de *sentido de uma contribuição ao delito*. Mas, se o autor pede ao padeiro uma informação sobre qual é o pão que tem um sabor forte capaz de disfarçar o veneno que ele pretende utilizar, a contribuição adquire, imediatamente, *sentido*, mas, este *sentido* deriva, naturalmente, do que passa a conhecer o cúmplice. Nada mais.

### **5. Tomada de posição. O *sentido da adesão à realização do autor*.**

Segundo penso, o ressuscitar da discussão sobre a teoria das ações neutras para o estabelecimento dos limites de responsabilidade do cúmplice foi consideravelmente nocivo. Isto porque, uma vez que se fez partir de seu traslado ao âmbito da imputação objetiva, em franco combate à teoria da equivalência das condições, trasladou-se a discussão para um âmbito onde não se pode chegar a conclusões seguras.

De fato, aceita ou não a teoria das ações neutras, não é pos-

---

<sup>81</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal...cit., p. 77.

sível estabelecer a responsabilidade do partícipe simplesmente acudindo a critérios de imputação objetiva. E isso não apenas porque não existam ações neutras em si mesmas consideradas, mas também porque o juízo normativo de avaliação não se resume meramente às questões de assunção do risco.

O marco de determinação do desvalor da cumplicidade se situa em uma adesão à realização delitiva do autor que expressa não apenas uma vinculação objetiva a esta, mas uma conexão também subjetiva.

De fato, não basta com que qualquer contribuição seja causal para a produção do resultado, mas isto não significa que algumas de tais contribuições, segundo critérios de risco ou de organização pessoal possam ser classificadas como neutras. Significa, isso sim, que a maior parte de tais contribuições não tem *sentido* de uma adesão ao delito do autor.

### 5.1. O aspecto subjetivo da conexão de *sentido*.

A identificação do que tem o *sentido* de tal adesão é uma valoração normativa da pretensão subjetiva de ilicitude, ou seja, de se existe ou não um compromisso com a produção do resultado.

Efetivamente, tem razão a doutrina majoritária em buscar critérios normativos para a seleção das contribuições do cúmplice que podem ou não ser relevantes para a produção de sua responsabilidade.

Mas é um equívoco pensar que, ao serem critérios normativos, isto significa imediatamente uma discussão de tipo objetivo<sup>82</sup>. Esta conclusão poderia ser válida se estivessemos partindo de um conceito de dolo e imprudência naturais, vinculados a situações psicológicas. Ocorre

---

<sup>82</sup> Não se desconhece ser dominante a posição de que a relevância penal das contribuições do cúmplice é predominantemente tratada pela doutrina como uma questão de imputação objetiva. Para uma orientação no panorama doutrinário, veja-se compilação bibliográfica recente, especialmente da Alemanha e Espanha oferecida por ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas...cit.*, pp. 33 e ss.

que, por um lado, parece já ser dominante na discussão doutrinária que a imprudência é um juízo sobre o desvalor da violação do dever de cuidado e nada tem de psicológica, até o ponto de que parte da doutrina sustenta que o tipo imprudente não tem elemento subjetivo<sup>83</sup>. Por outro lado, igualmente parece ser dominante a superação do dolo natural por um conceito normativo<sup>84</sup>.

Neste sentido, estava melhor situada a teoria das ações neutras original, quando discutia os limites de contribuição imprudente a delitos do-

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. “Sobre la culpa en Derecho penal”, in *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992, p. 93. No mesmo sentido ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I...cit.*, p. 999.

<sup>84</sup> Veja-se, por todos, HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005, p. 298 y FLETCHER, George. *Basics Concepts of Criminal Law*. New York- Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 82-85.

losos, do que está a atual proposta, que pretende impor a discussão sem consideração à questão de dolo e imprudência.

Assim, ainda que a discussão seja normativa<sup>85</sup>, sua situação está na discussão de dolo e imprudência e não na discussão dos critérios axiológicos que se somam à causalidade para definir o tipo de ação ou omissão<sup>86</sup>.

## 5.2. As possibilidades de conexão de *sentido* subjetivo na cumplicidade.

A desvalorização da contribuição do cúmplice tem que conectar-se com a realização do autor até o ponto em que se lhe possa considerar uma adesão à realização do autor.

---

<sup>85</sup> Se reconhece, de maneira geral na doutrina, que o debate é normativo. Cf. ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas...cit.*, pp. 34-35.

<sup>86</sup> Na realidade já foi objeto de crítica doutrinária que os partidários da teoria da imputação objetiva alguma vez mesclaram indevidamente aspectos da imputación objetiva e subjetiva. Assim, por exemplo, opina Feijóo Sánchez in FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal...cit.*, p. 39.

Esta adesão se mede através de um processo de comunicação de *sentido da* contribuição, capaz de revelar, segundo marcadores objetivos, especialmente os critérios de espaço e tempo, uma conexão de caráter subjetivo.

Seria possível dizer, de entrada, que como o delito imprudente não tem elemento subjetivo, tal *sentido* jamais estaria presente, pelo que, não é possível, jamais, uma cumplicidade imprudente, em qualquer classe de realização, seja dolosa ou, inclusive, imprudente. Isto não significa que as contribuições imprudentes devam ser sempre impunes, porque podem constituir em si mesmas outro delito, eventualmente, de perigo. O que sim, não é possível, é estabelecer a conexão subjetiva no marco de um mesmo delito.

De todo modo, há um argumento de reforço à questão que refere à essência do delito imprudente.

O delito imprudente é, em si mesmo, não a pretensão de uma realização, não o compromisso para com a produção do resultado, mas apenas se traduz na violação de um

dever de cuidado objetivo. Esta violação, porém, não se basta com que seja causal para a produção do resultado, mas é necessário que tal causalção se revista igualmente do caráter de imediação. Que eu tenha esquecido a janela de minha casa aberta quando chovia e tenha avisado o fato a meu filho que, para voltar para casa e fechar a janela, ultrapassou o limite de velocidade em seu carro e produziu um acidente, no geral, por certo, responsabilidade para mim. É que os delitos imprudentes demandam uma imediação dos critérios de espaço e tempo para a identificação da relevância do dever de cuidado omitido capaz de gerar responsabilidade. E, se esta conexão está presente, já não é mais cumplicidade e sim co-autoria. Por exemplo, se eu e meu filho colocamos um pesado vaso de flores – cujo peso exigia o desforço de duas pessoas - no parapeito da janela do apartamento e o vento o derruba sobre alguém que passava na rua, ambos somos coautores do delito de lesões imprudentes.

Portanto, é uma derivação lógica que não seja possível responsabilidade imprudente por cumplicidade, mas somente por coautoria<sup>87</sup>, independentemente de que o delito realizado seja imprudente ou doloso.

De modo completamente distinto, as contribuições dolosas não necessitam de uma vinculação de imediação no plano do espaço-tempo, basta com que traduzam o *sentido* de uma adesão à realização do autor para gerar responsabilidade. Esse *sentido* se comunica através da identificação de um compromisso para com a produção do resultado. É exatamente por isso que a imediação, que é sem sentido no plano do tipo objetivo, passa a ter relevância com a diferenciação entre dolo e imprudência na pretensão subjetiva de ilicitude.

Isto traduz exatamente o que se pode qualificar de *dolo signi-*

*ficativo*, tema de que me ocupei em outro lugar<sup>88</sup> e que tentarei, aqui, resumir.

O problema central é: quando se poderá dizer que o indivíduo que atuou, o fez intencionalmente e conhecendo a possível ou provável provocação do resultado?

Na *praxis* forense, o que se pode identificar é que muitos julgamentos e condenações são realizados a partir de uma constatação de que o sujeito atuou dolosamente, mas a discussão sobre os fundamentos nos quais se sustenta tais condenações não tem merecido uma especial atenção de parte dos juízes. Seria necessário explicar como é possível afirmar este dolo na fundamentação da condenação? Com base em que considerações seria possível dizer que alguém atuou com conhecimento e vontade vincu-

<sup>87</sup> Ainda que irrelevante ao tema aqui tratado, é evidentemente impossível indução ou instigação imprudentes, de tal modo que a contribuição imprudente ao delito que seja ou constitui coautoria, ou resulta penalmente irrelevante.

<sup>88</sup> Veja-se BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Modernas tendencias sobre o dolo em Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 93 e ss e BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas. 2013, capítulo 8.

lados à realização do fato delitivo?

Tradicionalmente, se costuma buscar a resposta a esta pergunta no que são as teorias ontológicas do dolo, vinculadas ao finalismo. De modo mais recente, aparece também uma tendência a admitir como válida –justamente a partir das críticas à impossibilidade de demonstração do fenômeno volitivo no âmbito psíquico do sujeito - a condição de simples atribuição do dolo, em uma perspectiva claramente normativa<sup>89</sup>.

As teses ontológicas são diretamente insustentáveis se é que se reconhece a impossibilidade de o juiz acessar ao

pensamento do autor de modo retroativo ao momento do fato, para saber o que passava por sua cabeça.

Entre as teses normativas, merece um lugar de destaque a opinião de Hassemer, que entende que o dolo é uma “decisão a favor do injusto”<sup>90</sup>. Mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, estes indicadores só se pode buscar na própria *ratio do* dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa<sup>91</sup>.

Desta construção de Hassemer, parece derivar algo muito importante que, porém, o

---

<sup>89</sup> Nesse sentido refere Díez Ripollés ao afirmar que “o dilema básico, à margem de matizações que agora não procedem, é se nos atemos, ou se se deve ater, a uma configuração realista, naturalista, de tais elementos, ou se deve dar-lhes, ou se lhes dá, um conteúdo fundamentalmente normativo”. In DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 21. No mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, J.M.Bosch Editor, 1999, especialmente, p. 190.

---

<sup>90</sup> HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”. En *ADCP*, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 931.

<sup>91</sup> HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”...cit., p. 931.

próprio autor não trata de explorar: a idéia de transmissão de um significado. Hassemer atribui ao compor entre os indicadores externos e os critérios (valorativos) de delimitação do dolo, a identificação deste e a possibilidade de sua atribuição. Mas não trata de explicar o processo justificante de tal identificação.

Quando se propõe uma teoria do delito que distribua as pretensões normativas entre o tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade -, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade -, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena, como faz Vives Antón<sup>92</sup>, fica

<sup>92</sup> Veja-se um resumo sobre a distribuição das categorias do delito segundo a proposta de Vives Antón in MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico- fun-

mejor evidenciado que o dolo não é mais que uma atribuição.

Vives<sup>93</sup> exige, para o reconhecimento do “tipo de ação” uma pretensão de relevância no sentido da identificação de que determinada ação humana é uma das que interessam ao Direito penal. Mas esta pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma *pretensão conceitual de relevância*, que expressaria a idéia de tipicidade e uma *pretensão de ofensividade*, que seria a idéia de antijuridicidade material<sup>94</sup>. E logo, fecha o injusto com a antijuridicidade formal, que corresponde a uma pretensão de ilicitude que se traduz na verificação da falta de ajuste do comportamento significa-

---

cionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

<sup>93</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 484.

<sup>94</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 484.

tivo com relação ao ordenamento jurídico<sup>95</sup>. E é neste ponto onde Vives<sup>96</sup> situa o dolo e a imprudência, sendo o primeiro identificado segundo um compromisso de atuar por parte do autor. O dolo, para Vives, deriva em um dolo neutro<sup>97</sup>, ou seja, é a intenção de realizar o fato antijurídico.

Quando se separa, por um lado, o dolo e a imprudência na pretensão de ilicitude, e por outro, os elementos do tipo e a própria ação na pretensão de relevância, fica clara a mescla que as concepções finalistas fazem entre os planos conceitual e substantivo de análise. Conforme observa Vives, “a atribuição de intenções ao sujeito, ou a qualifi-

cação de sua conduta como não intencional não desempenham necessariamente um papel na delimitação conceitual da ação”<sup>98</sup>.

A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido.

O dolo e a imprudência, por outro lado, são instâncias de imputação da antinormatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta ao sujeito.

Assim, para a concepção significativa da ação, que aqui se subscreve<sup>99</sup>, a “intenção subjetiva” corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensi-

<sup>95</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 485.

<sup>96</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 485.

<sup>97</sup> Com idêntica opinião BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”. En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 885.

<sup>98</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 24.

<sup>99</sup> Para detalhes, veja-se BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción Significativa*. 2ª ed., Buenos Aires: Didot, 2013.

va realizada, mas não faz parte da mesma ação, no que refere à sua definição.

Sem dúvidas, a definição da existência de uma ação conceitualmente relevante para o Direito penal precede à análise de se esta ação relevante efetivamente infringe o ordenamento jurídico. Nesse sentido, Vives não deixa dúvidas, ao afirmar que “a determinação da intenção entra com frequência em jogo *depois* de que a ação se acha definida e serve ao interesse *substantivo* de ajuizá-la”<sup>100</sup>.

Mas, qual é o fundamento segundo o qual se justifica a atribuição do dolo? Sob que critérios é aceitável reconhecer a atribuição de uma atuação dolosa a alguém?

Vives entende que a nota comum para as figuras dolosas é uma “decisão contra o bem jurídico”<sup>101</sup>, expressa em um *compromisso* com a lesão – ou perigo- de tal bem.

A verificação do dolo para Vives, depende de se a ação

realizada põe ou não de manifesto um compromisso de atuar do autor. Para isto, Vives<sup>102</sup> entende que se deve colocar em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessa ao Direito penal com as *competências* do autor, ou seja, as técnicas que o autor domina. Assim, em um procedimento puramente axiológico e não através do intento de buscar inacessíveis dados psicológicos, “poderemos determinar o que o autor *sabia*”<sup>103</sup>. Resumidamente “só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que dominava, o que podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação”<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 233.

<sup>101</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 234.

<sup>102</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 237.

<sup>103</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 237.

<sup>104</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 237.

Ao final, se abandona completamente a idéia, errônea, de pretender *descrever quando há dolo* e se lhe substitui pelo intento de *compreensão sobre o nível de gravidade* refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem dúvida, a tarefa adscritiva do dolo.

No que especificamente aqui interessa, é possível reconhecer a relevância de uma contribuição dolosa tanto na realização de casos delitivos imprudentes quanto dolosos.

Mas, a conexão de sentido de um compromisso para com a produção do resultado que o realizador imprudente não possui, conduz a uma situação especial de instrumentalização. Se dolosamente se aporta uma condição ou um elemento determinante causal para a produção do resultado, tendo um compromisso para com tal produção, ainda que dependa de uma realização descuidada de outro, não faz mais que instrumentalizar-lhe. Partindo da idéia geral de acessoriedade da cumplicidade, esta evidentemente no es compatível com a instrumentalização alheia, pelo que, a

situação provavelmente não será de cumplicidade, mas de autoria mediata.

Fica, portanto, como única possibilidade a cumplicidade dolosa à realização delitiva igualmente dolosa. Esta se traduz na contribuição do *sentido* de uma adesão à realização alheia, a ser verificada mediante um processo de compreensão.

## 6. Conclusões.

Assim, o uso de um dolo *significativo*, no sentido que aqui fica exposto, corresponderá, em certa medida, às dimensões de sentido que tanto Roxin quanto Frisch tentaram expressar para traduzir os limites de relevância da contribuição do cúmplice, mas, se faz como uma discussão no âmbito da pretensão subjetiva de relevância.

O reconhecimento do encaixe perfeito do dolo significativo com a dimensão de *sentido* que permite identificar as ações neutras, conduz a que não seja possível manter a pretensão de exclusão de responsabilidade do cúmplice por ações neutras através de uma análise meramente de

tipo objetivo, mas que faz falta recorrer à pretensão subjetiva de ilicitude.

Por fim, não parece que os critérios de imputação objetiva sejam suficientes para oferecer uma base sólida para a delimitação precisa da culpabilidade, nem sequer, de oferecer alguma capacidade de rendimento efetivo na identificação concreta de ações neutras, ao menos, sem socorrer-se em aspectos subjetivos.

Na verdade, as ações cotidianas não podem ser consideradas neutras segundo critérios unicamente objetivos. Não existem ações objetivamente *neutras*. Serão ou não *neutras* dependendo de uma análise de compreensão do *sentido* normativo do compromisso para com a produção do resultado.

Em todo o processo congruente de identificação das ações que se pretende neutras, há a necessidade de acudir ao conhecimento do cúmplice, que remete neces-

sariamente à análise do dolo<sup>105</sup>.

A relevância da ação neutra, portanto, se identifica pela apreciação do dolo e dos limites à participação por culpabilidade que só se admite no plano doloso.

Se a diferença da relevância da contribuição reside em um análise da consciência que tem ou não o cúmplice a respeito dela, a exclusão da mesma no plano do tipo objetivo é uma antecipação invejada da análise normativa do dolo, que compete fazer *a posteriori*.

Igualmente, se a identificação da ação efetivamente neutra depende de um recorte de exclusão das hipóteses de contribuição dolosa, não é passível de realização antecipada no plano do tipo objetivo.

Mas, não só razões de tipo lógico formal concorrem para

---

<sup>105</sup> Afirma Roxin que “o caráter de uma ação se determina pela finalidade para que serve [...] a maioria das ações de culpabilidade *por si mesmas* (ou seja, prescindindo da finalidade) são neutrais”. ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 559.

esta conclusão senão que, ademais, a própria organização do tema de concurso de pessoas no Código penal brasileiro convida a esta solução<sup>106</sup>.

Sabe-se que a reforma da parte geral do Código em 1984, supôs concessões ao que, até então, significava a adoção de uma teoria unitária a respeito do concurso de pessoas. O Código, ainda que tenha mantido a teoria de equivalência dos antecedentes e, com isto, em princípio, um conceito unitário de autor, fez uma grande quantidade de concessões vinculadas a um modelo de diferenciação entre autores e partícipes.

Os termos da regulamentação foram os seguintes:

"Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este comi-

nadas, 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.

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

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

Como se nota, o art. 29 estabelece uma responsabilidade pelo próprio tipo, mas, marca distância entre os participantes *segundo a medida de sua culpabilidade*. É mais, no § 1º do mesmo art. 29, determina-se a redução da pena daquele que realiza contribuição de menor relevância. Assume, ademais, a acessoriedade no art. 31,

---

<sup>106</sup> Chegando à mesma conclusão a partir da análise do Código penal espanhol, veja-se LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 507 e ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas...cit.*, pp. 77-78.

uma vez que elimina a responsabilidade do partícipe (em todas suas modalidades) quando o autor não chega ao menos ao intento delitivo.

Mas, concretamente no que nos interessa, não se reconhece a comunicabilidade das circunstâncias pessoais salvo quando elementares do crime no art. 30. Isto revela que se impuser-se as penas do delito a um grupo de pessoas todas deveram concorrer para o mesmo delito. Ou seja, não é possível – exceto no desvio subjetivo de pretensões, portanto, de dolo, previsto no art. 29 § 2º - que se realize delitos subjetivamente desconnectados.

A conexão de vontade como expressão de sentido é determinante da relação de responsabilidade do cúmplice, que simplesmente não pode responder por nada desconnectado da pretensão delitiva do autor.

Assim, o proprietário de uma loja de ferragens que vende um machado a um indivíduo realiza, sem dúvida, uma ação cotidiana, mas, sua suposta neutralidade só se pode definir a partir de uma análise do

conhecimento que o vendedor tem, no momento da venda, a respeito do que o autor pretende fazer com o objeto que compra. Ou seja, se o comprador não diz nada ao vendedor e mais tarde utiliza o machado para matar sua mulher, é evidente que a cumplicidade não fica estabelecida.

Isto não ocorre, entretanto, porque a venda seja uma ação cotidiana neutra, só um negócio, mas porque ao não conhecer o destino que o autor podia dar ao objeto vendido, não é possível atribuir dolo ao cúmplice, como muito, se lhe pode reconhecer a imprudência, que é irrelevante para a cumplicidade no crime doloso.

Tanto é verdade que, se pelo contrário, o comprador diz ao proprietário da loja de ferragens que lhe indique um machado afiado e pesado o suficiente para que ele possa lograr, de um só golpe, separar a cabeça de sua mulher do tronco, não parece razoável pensar que a venda seja simplesmente uma ação neutra com base em que uma eventual negativa teria feito com

que o autor buscase outro instrumento eficaz para o assassinato.

Outro caso bastante ilustrativo é o que aparece no filme película *Colateral*, onde o protagonista (Jamie Foxx) é um taxista que recolhe um passageiro no aeroporto (Tom Cruise) e que, depois de levá-lo a seu destino, fica esperando, a pedido do passageiro, para que depois possa seguir para outro lugar. Enquanto o taxista espera embaixo, na rua, cai pela janela do edifício onde entrou seu passageiro, um cadáver com sinais de disparos de arma de fogo sobre o taxi e o passageiro sai do edifício com uma pistola fumegante na mão.

A partir destes eventos o passageiro diz ao taxista que tem outros trabalhos para terminar e que necessita que ele siga levando-o aos seus destinos. Evidentemente, a contribuição que o taxista prestar a partir de este momento, já não pode considerar-se uma mera ação cotidiana neutra e só pode ter excluída sua responsabilidade pela eventual comprovação de uma ameaça do asesino, ainda

assim, no campo das chamadas permissões débeis, ou causas de inexigibilidade de conduta conforme o direito.

Evidentemente, cumpriria discutir, como se fez alguma vez<sup>107</sup>, quais são os limites da responsabilidade do cúmplice a partir de verificar se uma contribuição relevante pode dar-se unicamente através do dolo direto, não se cabe igual responsabilidade à contribuição do cúmplice que atua com dolo eventual. E é certo, como já alguma vez se referiu, que a dimensão determinante da relevância da conduta do cúmplice se delimita por uma relação de quantidade e não qualidade<sup>108</sup>, mas, ao contrário do que se afirmou, esta quantidade vai referida ao nível de reprovação da conduta com vistas à desvalorização normativa do dolo.

Mas, o que importa neste trabalho não é a delimitação de em quais classes de dolo se pode estabelecer o âmbito de

<sup>107</sup> In ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad? ...*cit.*, p. 544.

<sup>108</sup> WEIGAND, Thomas. “Grenzen strafbarer Beihilfe” ...*cit.*, pp. 197 e ss.

responsabilidade do cúmplice. A questão que se quer esclarecer vem antes e já é previamente respondida com a simples admissão da necessidade de discutir a respeito das classes de dolo determinantes da cumplicidade. O que se quer aqui afirmar é que não é possível identificar, antes da análise do dolo, qualquer classe de ação cotidiana a que se possa qualificar de *neutra* com base em critérios exclusivamente objetivos, nem, com base nisso, se pode lograr afastar a responsabilidade por tal cumplicidade. Como consequência, qualquer critério de imputação objetiva que se baseie na existência de supostas ações neutras, conduz, obrigatoriamente, à exclusão antecipada e indevida da responsabilidade penal que pode estar ou não presente em uma análise posterior do dolo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMELUNG, Knut. "Die 'Neutralisierung' geschäftsmaßiger Beiträge zu fremden Strftaten im Rahmen

des Beihilfetatbestands", in SAMSON ERICH (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 1999.

BAR, Ludwig von. *Gesetz Und Schuld Im Strafrecht: Fragen Des Geltenden Deutschen Strafrechts Und Seiner Reform, Volume 2*. Berlin: J. Guttenberg, 1907.

BOCKELMANN, Paul e VOLK, Claus. *Direito penal. Parte Geral*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal". En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Modernas tendencias sobre o dolo em Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción Significativa*. 2ª ed., Buenos Aires: Didot, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

DÍAZ PITA, María del Mar. "¿Qué queda de la causalidad?". In *Revista de Derecho Penal Y Criminología n. 4*,

2ª época, Julho de 1999, Madrid: UNED, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Comares, 1999.

FLETCHER, George. *Basics Concepts of Criminal Law*. New York-Oxford: Oxford University Press, 1998.

FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18ª ed., Tübingen: Mohr, 1931.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004.

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

HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”. En *ADCP*, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* nº 89. Berlin: Walter de Gruyter, 1977.

JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* nº 89. Berlin: Walter de Gruyter, 1977.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva em direito penal*. Trad. de André Luís Callegari, São Paulo: Revista dos Tribunais 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

LÖWE-KRAHL, Oliver. *Die Verantwortung von Bakangestellten bei illegalen Kundengeschäften*. Stuttgart: Richard Boorberg, 1990.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Madrid: Universitas, 1996.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca, Ediciones de la Universidad de

Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

MAURACH, Reinhard; ZIPF, Hans y GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal. Parte General. 2.* Trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts.* Heidelberg: Winter, 1915.

NAUCKE, Wolfgang. "Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal". In Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

OTTO, Harro. "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht". In *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag.* Karlsruhe: C.F. Müller, 1972.

RAGUÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona, J.M.Bosch Editor, 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 6, 2000.

ROBLES PLANAS, Ricardo. "Las 'conductas neutrales' en Derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCA DE AGAPITO, Luis. *Las acciones cotidianas como problemática de*

*la participación criminal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROXIN, Claus. ¿Qué es la complicidad?, en *La teoría del delito en la discusión actual.* Lima: Grjley, 2007.

ROXIN, Claus. "Sobre la culpa en Derecho penal", in *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal.* Trad. de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

ROXIN, Claus. "Was ist Beihilfe?", en *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses* (Hans Heiner Kühne – comp.). Baden-Baden: Nomos, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito.* Trad. De Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Marcial Pons, 1997.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.* Berlin: De Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal.* Trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* München: C.H.Beck, 2003.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, en *Causalidad, riesgo e imputación*. (Marcelo A. Sancinetti – comp.). Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

WEIGAND, Thomas. “Grenzen strafbarer Beihilfe”, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. (Albin Eser ed.). Baden-Baden: Nomos, 1998.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.