

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Carlos Augusto Braga de Pinho

**COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS:
UMA BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL**

**Porto Alegre
2013**

CARLOS AUGUSTO BRAGA DE PINHO

**COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS:
UMA BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL**

**Monografia apresentada ao
Departamento de Ciências Penais da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel.**

**Orientador: Prof. Dr. Angelo Roberto
Ilha da Silva**

**Porto Alegre
2013**

CARLOS AUGUSTO BRAGA DE PINHO

**COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS:
UMA BREVE ANÁLISE DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Angelo Roberto Ilha da Silva
Orientador

Professor Doutor Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as bênçãos que tem me concedido ao longo da minha vida, e a quem rogo continue a me abençoar.

Aos meus pais, por sempre terem procurado fazer o possível e o impossível para o meu bem e de minha irmã.

À minha irmã, Laura, pela paciência e pelos conselhos.

Aos meus falecidos avós, por terem me proporcionado, ainda na infância, a descoberta de um mundo maravilhoso.

Ao Procurador de Justiça Antonio Carlos de Avelar Bastos, por ter me proporcionado a oportunidade de um estágio na Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, de onde tirei muitos ensinamentos. Aqui, um agradecimento estendido ao Miguel Ângelo Prietto dos Santos, ao Airton Buenavides da Silva, à Rosana Gaspary Oliveira, ao Fernando Machiavelli Pacheco e ao Edmilson Nunes da Silva.

À amiga Izaíra Biella.

Aos membros da Confraria, em especial ao Dante Lisandro Melero, pelos inúmeros momentos de descontração e pela oportunidade de enorme crescimento que me proporcionaram.

Ao professor Ângelo Roberto Ilha da Silva, por ter me orientado neste trabalho, e pelas valiosas lições.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo realizar uma breve análise doutrinário-juriprudencial sobre a possibilidade da existência de coautoria em crimes culposos, especificamente nos casos em que todos os possíveis coautores atuaram culposamente, descartando-se do âmbito deste trabalho, portanto, qualquer hipótese de dolo por algum dos agentes. Para tanto, em um primeiro momento verificar-se-á a figura do crime culposos, abordando-se a posição da culpa ao longo do desenvolvimento da teoria do delito e a estrutura do crime culposos, enquanto complexo constituído pelas categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. No segundo capítulo, discorre-se sobre o instituto do concurso de agentes, assentando-se as teorias e formas de aparecimento da autoria e, então, o concurso de agentes propriamente dito. Fixadas essas premissas, no terceiro capítulo verificam-se as posições doutrinárias existentes quanto à possibilidade de coautoria culposa, bem como o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores referente à matéria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, expresso em seis decisões, tomadas no período compreendido entre 1995 e 2013.

Palavras-chave: Crime culposos. Concurso de agentes. Coautoria em crimes culposos. Doutrina. Jurisprudência.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo realizar un breve análisis doctrinario-jurisprudencial sobre la posibilidad de existência de la coautoría em crímenes imprudentes, en específico en los casos em que todos los posibles coautores actuaron imprudentemente, descartando del ámbito de este trabajo, por lo tanto, cualquier hipótesis de dolo por alguno de los agentes. Así, en un primero momento se verificará la figura del crimen imprudente, se tratando acerca de la posición de la culpa durante el desenvolvimiento de la teoría del delito y la estructura del delito imprudente, mientras um complejo constituído por las categorías de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. En el segundo capítulo, será examinado el instituto de la pluralidad de agentes, bien como las teorías y formas de aparecimiento de la autoría y, entonces, la pluralidad de agentes propiamente dicha. Afincadas esas premisas, en el tercero capítulo serán examinadas las posiciones doctrinarias existentes cuanto a la posibilidad de coautoría imprudente, así como lo entendimiento jurisprudencial de los Tribunales Superiores, en especial de lo Superior Tribunal de Justiça, expresado en seis decisiones, realizadas en el período entre 1995 y 2013.

Palabras clave: Crimen imprudente. Pluralidad de agentes. Coautoría em crímenes imprudentes. Doctrina. Jurisprudencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CRIME CULPOSO.....	10
1.1. A POSIÇÃO DA CULPA AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO DELITO.....	10
1.2. ESTRUTURA DO CRIME CULPOSO.....	14
2. CONCURSO DE AGENTES.....	26
2.1. AUTORIA: TEORIAS E FORMAS.....	26
2.2. CONCURSO DE AGENTES.....	31
2.3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	36
3. COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS.....	41
3.1. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS.....	41
3.2. VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	48
3.3.1. O Supremo Tribunal Federal.....	48
3.3.2. REsp 40.180.....	49
3.3.3. REsp 69.975.....	50
3.3.4. REsp 85.947.....	51
3.3.5. REsp 29.149.....	52
3.3.6. HC 40.474.....	53
3.3.7. HC 235.827.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
JULGAMENTOS.....	62

INTRODUÇÃO

Os crimes culposos, atualmente, ocupam posição de destaque no cenário jurídico-social do mundo contemporâneo, principalmente em virtude da atual sociedade do risco, de que tanto se ouve falar, e que se divide nas mais diversas atividades e cujos conhecimentos cada vez mais ganham verdadeiro padrão técnico, chegando a ser impossível que alguém não venha a escutar frases como: “o motorista foi imprudente”, ou “o mecânico foi imperito”. Nesses contextos específicos, pode eventualmente ocorrer que duas ou mais pessoas pratiquem determinada conduta que venha a ocasionar perigo ou dano típicos, isto é, delitos culposos.

Dentro dessa perspectiva, surge o instituto da coautoria em crimes culposos, aqui tratada na forma de um contexto fático em que dois indivíduos atuam culposamente, sem abranger qualquer hipótese de dolo por parte de qualquer dos agentes, categoria essa que, no quadro dogmático-penal atual, vem apresentando considerável divergência. Com efeito, já há muito tempo a jurisprudência dos Tribunais Superiores concebe perfeitamente a compatibilização entre as figuras da coautoria e do crime culposos, o que, contudo, merece, ao menos, sólida revisão, face à conformação que se vem atribuindo aos delitos de culpa.

Assim, será analisado, em um primeiro momento, o delito culposos, abordando-se, inicialmente, a colocação sistemática da culpa dentro da teoria do crime a partir do final do século XIX, e, após, a estrutura do crime culposos, enquanto complexo formado pelas categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Em um segundo instante, examinar-se-á o concurso de agentes, discorrendo-se, em um primeiro plano, sobre a autoria, suas teorias e formas, para, então, abordar-se o concurso de agentes, igualmente chamado autoria coletiva. Brevemente, analisar-se-á, na medida do possível, a teoria do domínio do fato, diante da elevada importância que ela tem mostrado na mídia, concluindo-se pela possibilidade ou não de sua aplicação aos delitos culposos.

Finalmente, estabelecidas aquelas premissa teóricas, examinar-se-á especificamente o tratamento que a doutrina nacional moderna, expressa especialmente pelos autores nacionais, e os Tribunais Superiores,

notadamente o Superior Tribunal de Justiça, vêm conferindo à configuração da coautoria culposa, principalmente no período pós-1988.

1. CRIME CULPOSO

1.1. A POSIÇÃO DA CULPA AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO DELITO

Para melhor compreensão do tema a ser abordado no presente estudo, examinar-se-á, neste primeiro momento, o desenvolvimento da teoria do delito a partir da segunda metade do século XIX, examinando a colocação sistemática da culpa *stricto sensu* no âmbito da esfera delitiva.

Até o início do Século XX, a dogmática jurídico-penal entendia que para ser averiguada a presença do crime em determinado caso concreto dever-se-ia proceder em duas etapas: na primeira, analisava-se o fato de modo estritamente objetivo para, então, formular-se o injusto penal, encarado como a produção voluntária de um evento danoso, ligado causalmente à ação do agente; na segunda, verificavam-se os aspectos psicológicos do sujeito infrator com o fim de aferir o nexos entre ele e o malefício causado, no que se denominou culpabilidade. No primeiro passo, englobava-se no injusto qualquer ação que contrariasse o direito posto, ao passo que, no segundo, enquadrava-se o dolo e a culpa *stricto sensu*, isto é, a circunstância de não ter a pessoa querido a produção do dano, ainda que potencialmente previsível.

Portanto, em tal sistema, marcado profundamente pela influência do naturalismo e positivismo científicos e que teve em Lizst seu expoente, a culpa era vista como vinculação subjetiva entre o sujeito e o resultado causado, sendo, no dizer de Juarez Tavares, uma de “suas formas de aparecimento” (TAVARES, 2009, p. 28), ao lado do dolo. Por óbvio, como ensina o referido autor, a modalidade culposa constituiria uma atenuada forma de culpabilidade, emergindo da previsibilidade do resultado, e não da conjugação entre a produção deste e a intenção do agente.

Ensina Zaffaroni que, ao se perceber que a determinadas condutas antijurídicas e culpáveis inexistia previsão punitiva por parte dos textos legais, Ernst Von Belling formulou, em 1906, a teoria do tipo, pela qual dividiu o injusto entre tipicidade e antijuridicidade (ZAFFARONI, 2008, p. 343). A primeira categoria indicava a proibição normativa da prática de determinada conduta, constatada através de descrição abstrata e objetiva contida no texto legal, ao

passo que a antijuridicidade apontaria a não-incidência de preceitos permissivos à perpetração do ato físico. A culpabilidade, contudo, continuou dotada de elementos meramente subjetivos, em nada alterando a estrutura da culpa subjetiva.

Assim, o sistema objetivo-subjetivo, em que a vontade da ação seria somente aquela “indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica” (TAVARES, 1980, p. 18), permanecia incólume, e, como diz Zaffaroni, “o conteúdo da vontade da conduta ia parar na culpabilidade, e uma vontade sem conteúdo é inimaginável” (ZAFFARONI, 2008, p. 344), o que causava consideráveis transtornos nos casos de culpa inconsciente, situação em que a pessoa sequer previu a possibilidade da consequência de sua conduta.

No ponto, leciona Juarez Tavares que persistia “uma presunção prática de vinculação subjetiva entre agente e fato, quer dizer, uma vez inserida na culpabilidade, presume-se que subsiste na negligência um vínculo psicológico entre agente e fato, embora empiricamente, isto não pudesse ser demonstrado na chamada culpa inconsciente.” (TAVARES, 2009, p. 29).

Diante disso, Frank formula a sua teoria normativa da culpabilidade, pela qual esse elemento do crime recebe elementos normativos, passando a ser encarado tanto como reprovabilidade objetiva, isto é, relacionada ao fato em si, quanto como reprovabilidade subjetiva, referente ao autor. Desse modo, passou-se a enxergar tanto aspectos psicológicos quanto normativos para a caracterização da culpabilidade, pois, afóra o nexó psíquico existente entre o agente e o dano, deveria haver a contrariedade a um dever de cuidado imposto pela ordem jurídica (TAVARES, 2009, p. 31).

Ademais, nesse ínterim, os dogmáticos aperceberam-se de que, para precisar a tipicidade de determinada conduta, necessário era voltar os olhos para certos componentes subjetivos, sem os quais a ação seria atípica, como no caso de receptação dolosa. Por essa razão, surgem os denominados elementos subjetivos do tipo e do injusto, estes demonstrados, pela primeira vez, em 1911 por Fischer (PRADO, 2013, p. 413), os quais, aliados à nova teoria normativa da culpabilidade, fazem sucumbir o sistema objetivo-subjetivo. Assim, o tipo de injusto passa a ser objeto de um juízo de valor, relacionado

diretamente ao bem jurídico protegido pelo legislador, graças à inserção de elementos valorativas já no conceito de ação (TAVARES, 1980, p. 39).

No dizer de Zaffaroni, naquele sistema “o injusto é um juízo de desvalor do ato e a culpabilidade a reprovação que deste ato desvalorado se faz ao autor, por ter tido a possibilidade exigível de atuar de maneira diversa.” (ZAFFARONI, 2008, p. 345).

O golpe de misericórdia sobre a construção em ruínas ainda havia de ser desferida. Na década de 1930, o jurista alemão Hans Welzel formulou a teoria finalista da ação, em que, apoiando-se na ontologia, afirmou que a ação humana deve ser encarada não apenas como um mero acontecimento físico voluntário, realizado pelo homem de alguma forma, mas, também, como uma conduta dotada de certa finalidade, pois uma vontade possui, necessariamente, uma determinada intenção. Criticando duramente a teoria da ação causal, afirmou:

O defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato de que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer (“ato voluntário”). Ignora que toda ação é uma obra (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal. O conteúdo da vontade, que antecipa mentalmente as consequências possíveis de um ato voluntário e que dirige, conforme um plano e sobre a base do saber causal, o suceder externo, converte-se em um mero “reflexo” do processo causal externo na alma do autor (WELZEL, 2011, p. 41).

Além de apontar a falha do sistema causal-naturalista quando este, ainda que já pacificamente reconhecidos os denominados elementos subjetivos do injusto, mantinha o dolo na culpabilidade, Welzel demonstrou que o segundo grande deslize da concepção vigente tinha lugar no campo dos delitos culposos, pois, ao contrário do que entendiam os causalistas, o mero resultado danoso causado voluntariamente pelo ser humano não era a chave para a compreensão da reprovação imposta pela ordem jurídica em tais casos. Ao contrário, o desvalor conferido pelo ordenamento jurídico na seara dos crimes culposos residia no mal-direcionamento da ação intentada, e não no simples e mero dano. Segundo o grande penalista,

A doutrina da ação causal tampouco permite entender os delitos culposos, embora tenha considerado durante muito tempo que esse

era o seu “campo”. Desconhece que a parte essencial do fato culposo, para o Direito Penal, não consiste no resultado causado por um ato voluntário (assim, por exemplo, Mezger, I, 4. Ed., p. 45), mas na ação defeituosa; conseqüentemente, não no desvalor do resultado, mas no desvalor da ação (WELZEL, 2011, p. 44).

A partir desse momento crucial, o dolo e a culpa passam a integrar a esfera do tipo, de maneira que passam a ser averiguados, pelo intérprete, previamente às demais categorias do crime. Posteriormente, surgiram as teorias sociais, normativistas e funcionais da ação, além de outras, as quais, pelos limites deste estudo, não serão mencionadas.

As teorias sociais da ação surgem com Eberhardt Schmidt, procurando conciliar elementos das teorias causal e final, não possuindo, de acordo com a doutrina dominante e majoritária, uma homogeneidade que permita caracterizar uma corrente única, ao contrário das anteriores. Entretanto, o ponto comum de tais concepções reside na compreensão da ação como uma conduta causadora de relevante dano social, ou, melhor falando, conduta causadora de resultado socialmente relevante. Na visão de Juarez Cirino dos Santos, “não existe nenhuma razão científica para rejeitar o modelo social de ação, que utiliza as mesmas categorias conceituais e adota os mesmos princípios metodológicos do modelo final de ação para construir o conceito de fato punível” (SANTOS, 2012, p. 92).

As teorias funcionais, surgidas a partir da década de 1970, apresentam em Claus Roxin e Gunther Jakobs seus grandes expoentes, cujo ponto em comum encontra-se na concepção da formulação do conceito de ação por elementos normativos, tendo em vista os fins político-criminais que um determinado sistema social atribui ao Direito Penal. Contudo, tais autores trilham caminhos distintos e desembocam em conclusões e proposições diversas.

Claus Roxin entende que o conceito meramente finalista foi formulado na Alemanha para se tentar “limpar”, por assim dizer, o conteúdo analítico do delito de ideologias políticas autoritárias, recorrendo-se, para tanto, a certo jusnaturalismo. Entretanto, tal formulação seria insuficiente para cumprir o objetivo limitador, além de consagrar idéias de Direito Natural, o qual ele descarta, de modo que o conceito de ação deveria ser informado pelos fins político-criminais do sistema penal de cada sociedade. Contudo, ao rejeitar

qualquer proposta “jusnaturalista”, não descarta a adoção de dados empíricos para a construção do conceito de ação, enxergando-a como a manifestação da personalidade do agente (ROXIN, 2008, p. 56-59 e p. 63).

Gunther Jakobs, por sua vez, radicaliza profundamente o entendimento funcionalista, afirmando que a dogmática deve prescindir de um conceito natural ou realista de ação, já que ela seria uma completa construção dos elementos sócio-políticos do Estado. Influenciado pela sociologia sistêmica alemã (ZAFFARONI, 2008, p. 349), entende que o delito deve ser visto sob o ponto de vista da relação entre indivíduo em dada sociedade e a relação comunicativa nela existente, devendo-se observar o cumprimento ou não das expectativas a ele atribuídas pelo sistema social. Sua visão, de acordo com Nilo Batista, leva à formulação de um conceito funcionalista de autoria, a qual, observe-se desde já, não será analisada, por não ter se infiltrado na dogmática nacional (BATISTA, 2008, p. 73).

1.2. ESTRUTURA DO CRIME CULPOSO

A estrutura dos delitos culposos é distinta da dos crimes dolosos, apresentando características próprias. A grande diferença em tal estrutura manifesta-se, em maior medida, no âmbito da tipicidade, ressaltando-se que as categorias da ilicitude e da culpabilidade não apresentam grandes discrepâncias em relação aos delitos dolosos, de modo que, pelas limitações deste estudo, serão abordadas conjuntamente.

De acordo com a legislação brasileira, o crime culposo deve estar taxativamente previsto na parte especial do Código Penal ou na legislação extravagante, por força do disposto no art. 18, II, parágrafo único, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime doloso(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposo(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, não se admite à tipicidade culposa a atribuição de um caráter geral de residualidade em relação aos tipos dolosos, inexistindo no ordenamento jurídico nacional um tipo culposo genérico, atribuível subsidiariamente a qualquer tipo doloso, quando inexistente o dolo. Para os crimes culposos ocorrerem, deve haver descrição típica expressa na lei.

O tipo penal, como é sabido, é uma descrição abstrata e genérica de certa conduta e, ao prever ações culposas, proíbe, como diz Zaffaroni “uma conduta que é tão final como qualquer outra” (ZAFFARONI, 2008, p. 438), de modo que, para examinar se em um caso concreto ocorreu a causação de um malefício sem a intenção do resultado, deve-se averiguar se o agente criou um risco não permitido, através da violação a um dever de cuidado a ele imposto diante de certas circunstâncias e condições.

A finalidade, assim, não apresenta relevância penal para a configuração do tipo culposo de injusto, como lembra Luiz Régis Prado (PRADO, 2013, p. 416), de modo que o diferencia dos delitos dolosos, na realidade, é a ocorrência da transgressão de um cuidado objetivamente devido, o que evidencia a influência das teorias funcionais, notadamente de Roxin, nesta seara. O sistema jurídico-penal, dessa forma, não proíbe a finalidade da ação, mas, sim, a errônea realização da mesma em vista da consecução dos fins intentados pelo agente.

Veja-se, no ponto, o que nos diz Zaffaroni:

No tipo culposo a ação culposa não se individualiza pelo fim em si mesmo (pois, se assim fosse, não haveria culpa sem dolo), e sim pela forma de selecionar mentalmente os meios e de dirigir a causalidade para a obtenção deste fim. Por esta razão, torna-se indispensável levar este fim em consideração para conhecer a conduta de que se trata, para o efeito de determinar se esta conduta foi programada com ajuste ao dever de cuidado ou de forma violadora do mesmo. Esta é uma consequência necessária de que no dolo, o típico é a conduta em razão de sua finalidade, enquanto na culpa, é a conduta em razão do planejamento da causalidade para a obtenção da finalidade proposta (ZAFFARONI, 2008, p. 439-440).

Nessa senda, parece decisiva a influência de Hans Welzel, como se depreende do seu entendimento:

[...] el disvalor de acción de los delitos culposos está estructurado en forma distinta del de los delitos dolosos. Si éste se fundamenta en la sobredeterminación finalista real del acontecer externo, en lo injusto de los delitos culposos, falta precisamente, dicha superdeterminación finalista real con miras al resultado adecuado al tipo. Es distinto con miras al resultado jurídicamente irrelevante, como sería el limpiar la escopeta en el ejemplo dado. El disvalor específico de acción de los delitos culposos, no radica, por tanto, en la dirección finalista que ha desplegado realmente el autor (limpiar la escopeta), sino en la dirección finalista impuesta, que va más allá, y que el autor no ha impreso a su actividad; por lo tanto, en la falta de una acción finalista real, de acuerdo con la dirección finalista impuesta. (...) El disvalor de acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos (WELZEL, 1956, p. 136).

Chancelando essa ideia, encontramos a dogmática jurídico-penal brasileira contemporânea, mas, apenas a título de exemplo, cite-se Rogério Greco, segundo o qual:

“Toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, e na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados.” (GRECO, 2010, p. 190)

Observe-se, apenas, que o tipo penal culposos é um tipo aberto, pois necessita da atividade do intérprete para a averiguação de seu conteúdo, ante o seu considerável grau de indeterminação. Mencionam-se, no ponto, as palavras de Zaffaroni:

há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal. Quando a lei reprime o homicídio culposos, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha ao seu cargo, e, com base nele, ‘feche’ o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo ‘fechado’ pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado, que necessitou ‘trazer’ ao tipo, vinda de outro contexto (ZAFFARONI, 2008, p. 386).

O injusto penal culposos, de acordo com a doutrina dominante, é preenchido pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado. O desvalor da ação, cuja integração à estrutura do tipo foi resultado da doutrina finalista da ação, é composto pela violação a um dever objetivo de cuidado. A desvalorização do resultado, por sua vez, é extraída pela produção de um dano, pelo nexo de causalidade entre a causação do evento danoso e a infringência à norma de cuidado devida e pela previsibilidade objetiva do resultado. Francisco

de Assis Toledo, em remissão a Wessels, afirma que a imputação do resultado baseado no erro de conduta é orientada no sentido da finalidade protetiva das normas de cuidado (TOLEDO, 1994, p. 299-301).

Fala-se, também, na criação de um risco não permitido ao lado da contrariedade ao dever de cuidado, como o faz Gunther Jakobs, mas, na linha de Juarez Cirino dos Santos, ambas são expressão da mesma realidade, pois a norma de cuidado determina qual seria o risco não permitido pelo ordenamento jurídico, de modo que a produção deste decorre, necessária e infalivelmente, da contrariedade àquela (SANTOS, 2012, p. 162-163).

A violação a uma norma objetiva de cuidado seria um dos elementos objetivos normativos do tipo, ocorrida através de uma atuação que ultrapassa os limites do risco permitido pelo âmbito de proteção da norma, como afirma Toledo, e manifestada por imprudência, imperícia ou negligência, diversamente do que ocorre no tipo doloso, em cujo elemento objetivo reside o comportamento voluntário direcionado a um fim ilícito.

Cumprir observar que a grande maioria da doutrina entende que, diversamente do que se verifica nos crimes dolosos, no delito culposos inexistente a distinção real entre tipo objetivo e tipo subjetivo. Nesse sentido, veja-se a lição de Luiz Regis Prado, para quem

A diferença entre eles é mais marcante no âmbito da tipicidade. Expõe-se, ainda, que tal diferença, de ordem objetiva, reside no fato de que no injusto culposos (de resultado) ocorre uma ação de risco proibido, ao passo que no doloso o resultado diz respeito ao injusto de uma concreta ação de realização do resultado. Os tipos objetivos têm estrutura material diferente. No delito doloso, é punida a ação ou a omissão dirigida a um fim ilícito; ao passo que no culposos, pune-se o comportamento mal dirigido a um fim irrelevante (ou lícito) (PRADO, 2013, p. 417).

Em linhas semelhantes, mas não idênticas, encontram-se Zaffaroni e Pierangeli, para os quais

falamos de tipo objetivo e subjetivo culposos por razões de conveniência de ordenamento expositivo, mas o certo é que, para determinar a presença de aspectos que tornam o tipo objetivo – concretamente, a violação do dever de cuidado – é inevitável a referência a aspectos que pertencem ao tipo subjetivo, como a finalidade – que já vimos – e a possibilidade de previsão do resultado (previsibilidade) (ZAFFARONI, 2008, p. 444).

Indicam os autores a existência de dois componentes subjetivos fundamentais para a configuração da tipicidade culposa, quais sejam, o

elemento volitivo e o aspecto intelectual ou cognoscitivo. O primeiro diz respeito à “vontade de realizar a conduta final de que se trate com os meios escolhidos”, ao passo que a segunda refere-se à “previsibilidade”. Esta última “condiciona o dever de cuidado: quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de cuidado e não pode violá-lo.” (ZAFFARONI, 2008, p. 444-445).

No mesmo horizonte, ainda que com certa discrepância, no que é acompanhado por Cezar Roberto Bittencourt (BITENCOURT, 2011, p. 331), Juarez Tavares concebe que:

Diante das características da ação típica, ainda que se reconheça, na ação culposa, tanto o componente subjetivo, representado pela relação volitiva entre o agente e sua execução, quanto o objetivo, expresso na causalidade, não é recomendável a divisão do tipo em subjetivo e objetivo, como se costuma fazer com o tipo doloso. É que, neste caso a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência (TAVARES, 2009, p. 296-297).

O cuidado objetivamente devido é encontrado em normas administrativas ou disciplinares, como as regras de trânsito e as peculiares a cada profissão ou arte (PRADO, p. 418). Complementando essa ideia, Zaffaroni nos ensina que

Freqüentemente, os deveres de cuidado são estabelecidos na lei, como ocorre nas atividades regulamentadas, tais como a condução de veículos automotores. Nestes casos, a violação dos preceitos regulamentares será um indício de violação do dever de cuidado, mas será preciso ter sempre presente que uma infração administrativa não é um delito, dado que nem sempre a infração do regulamento é uma violação do dever de cuidado.

São incontáveis as condutas em que se pode violar um dever de cuidado, determinando a lesão de um bem jurídico alheio, e que não estão regulamentadas e nem poderia ser de maneira diferente. Aqui, as remissões às normas sociais são absolutamente inevitáveis (ZAFFARONI, 2008, p. 441).

Quando inexistente qualquer disposição normativa, a doutrina majoritária entende que a fixação do dever deve ser realizada mediante a comparação entre a conduta do agente e a que teria sido seguida pelo que se denominou “homem médio”, isto é o homem “diligente” (TOLEDO, 1994, p. 301), conformado às virtudes e capacidades exigidas minimamente em determinada sociedade. Esse critério também é adotado para o exame da previsibilidade do

resultado, notadamente a previsibilidade objetiva, o que, contudo, parece estar sendo deixado de lado pela doutrina.

Nesse tema, duas correntes inserem a capacidade individual concreta ou no âmbito do tipo de injusto, ou na culpabilidade. Para uma, o cuidado objetivamente devido deve ser examinado unicamente sob a ótica da conduta externa, sem indagações a respeito das capacidades do agente, de modo que estas devem ser avaliadas na esfera da culpabilidade. Nesse horizonte, já nos dizia Roxin que:

[...] una opinión minoritaria defendida por prestigiosos autores parte de la idea de que incluso la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto. De quien posee una capacidad de rendimiento superior al participante habitual en el tráfico jurídico se exige también más, de modo que si causa un resultado por no emplear sus capacidades puede ser castigado por imprudencia, pese a que la misma conducta se juzgaría adecuada en una persona normalmente capacitada. Quien, a la inversa, está por debajo de la capacidad de rendimiento de una "figura-baremo diferenciada" (nm. 32 ss.) y a consecuencia de ello produce un resultado típico no actúa antijurídicamente, pese a que un ciudadano medianamente capacitado sería castigado por imprudencia en caso de idéntica conducta. Ahora bien, si las capacidades del sujeto eran de todos modos suficientes para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduce también desde la perspectiva de esta concepción a la punición por imprudencia (ROXIN, 1997, p. 1014).

Para outra, as qualidades do sujeito cuja ação causou o evento perigoso ou danoso influenciam diretamente a determinação da conduta imposta pela ordem jurídica, pois esta não poderia exigir um cuidado que o agente jamais conseguiria evitar ou, mesmo, prever, de modo que o seu deve determinar o âmbito do tipo de injusto.

Os partidários da inserção da capacidade individual no tipo legal, como determinante do cuidado devido por cada sujeito, constituem a doutrina minoritária, podendo citar-se, como os grandes expoentes dessa corrente, Zaffaroni e Pierangeli, para quem

A previsibilidade deve ser estabelecida de acordo com a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isto se possa recorrer a qualquer 'termo médio' ou 'critério de normalidade'. Um técnico em eletricidade pode prever, com maior precisão do que um leigo, o risco que acarreta um fio solto, e quem tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes, que sem eles seriam imprevisíveis, tem um dever de cuidado maior do que aqueles que

não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possuía (MEZGER-BLEI) (ZAFFARONI, 2008, p. 445).

Contudo, mesmo defensores da inserção da aferição das qualidades do ofensor na culpabilidade, que constituem a linha majoritária, vêm criticando e rechaçando o critério do homem médio, por entendê-lo inapropriado e extremamente inseguro para o exame devido no caso concreto.

Efetivamente, esse critério é lesivo ao sistema constitucional de direitos e garantias individuais, e, em última análise, à própria dignidade da pessoa humana, por não considerar a formação particular de cada indivíduo em sua experiência de vida. Com efeito, em uma sociedade pluralista como a existente no Brasil, pluralidade esta consagrada na Constituição da República, a grande diversidade sócio-cultural faz saltar aos olhos as diferenças entre a formação dos indivíduos (condicionando decisivamente para as suas visões da realidade e, conseqüentemente, para a própria consciência sobre quais resultados esperar e quais os meios para evitá-los), além, é claro, das inerentes à composição físico-psíquica de cada um, existentes mesmo em grupos homogêneos.

No ponto, Juarez Tavares, que retira as condições pessoais do dever objetivo de cuidado, localizando-as na culpabilidade, ensina que

em um Estado democrático de garantias, cada cidadão deve ser tratado segundo sua individualidade, ou seja, a cada um se assegura um mínimo de liberdade de projetar socialmente sua existência pessoal e não segundo um padrão causal e estatístico, ou simplesmente aleatório (TAVARES, 2009, p. 289).

O referido autor, em interessante crítica, também constata que, diante da moderna configuração atribuída ao tipo culposo, o modelo clássico do homem médio fere o princípio da legalidade, por criar, ao lado da realidade típica, outro padrão de conduta a ser levado em consideração para determinar a tipicidade (TAVARES, 2009, p. 290).

O mesmo jurista propõe outra maneira de averiguação do cuidado devido, *in verbis*:

Ao contrário dessa postulação do homem prudente, a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico, ou seja, a medida do cuidado não pode ser feita, exclusivamente, por um procedimento empírico, mas sim sob o

complexo empírico-normativo. Sem a delimitação normativa se torna impossível a fixação dos elementos empíricos que configurariam a medida do cuidado (TAVARES, 2009, p. 293).

Guilherme de Souza Nucci não descarta tal critério, mas propõe uma outra forma de medida, conforme:

o melhor critério para verificar a previsibilidade é o critério objetivo-subjetivo, ou seja, verifica-se, no caso concreto, se a média da sociedade teria condições de prever o resultado, através da diligência e da perspicácia comum, passando-se em seguida à análise do grau de visão do agente do delito, vale dizer, verifica-se a capacidade pessoal que o autor tinha para evitar o resultado. É o que sustenta Magalhães Noronha (NUCCI, 2010, p. 211).

O autor também afirma, citando Marco Antonio Terragni:

Esse conceito, homem ideal, não se refere ao ser comum, como o modelo das qualidades de que está dotado o cidadão médio. O homem modelo é aquele que deveria estar realizando a mesma atividade do sujeito cuja conduta se julga. O contrário implicaria desconhecer que alguém, por mais atento, diligente ou cauteloso que fosse, não poderia realizar atividades para as quais não está especialmente treinado (como pilotar uma aeronave, por exemplo)' (El delito culposo, p. 24)" (TERRAGNI apud NUCCI, 2010, p. 211).

Zaffaroni, como visto, também rechaça o desenho do "homem normal", afirmando, ainda, que:

[...] o dever de cuidado deve ser determinado de acordo com a situação jurídica e social de cada homem. Não são semelhantes o dever de cuidado que tem a seu cargo o condutor de um veículo particular e o de um de transporte coletivo, ou o do pedestre e o do condutor, por mais que todos participem do trânsito e tenham deveres de cuidado a observar (ZAFFARONI, 2008, p. 441-442).

A par da figura do "homem médio", que parece ter começado a entrar em declínio pela doutrina contemporânea, recorre-se ao princípio da confiança para a aferição de qual conduta seria exigível em determinadas situações, segundo o qual não se pode exigir que os indivíduos prevejam a violação do cuidado por outros, pois, do contrário, criar-se-ia verdadeiro estado de perturbação e desconfiança no meio social. De acordo com Toledo,

é justo que se espere de cada um o comportamento prudente e inteligente, exigível para uma harmoniosa e pacífica atividade no interior da vida social e comunitária. Seria absurdo que o direito impusesse aos destinatários de suas normas comportar-se de modo desconfiado em relação ao semelhante, todos desconfiando de todos. Assim, admite-se que cada um comporte-se como se os demais se conduzissem corretamente. (...) Para a determinação em concreto da conduta correta de um, não se pode, portanto, deixar de considerar

aquilo que seria lícito, nas circunstâncias, esperar-se de outrem, ou melhor, da própria vítima (TOLEDO, 1994, p. 301-302).

Não obstante, convém esclarecer que o princípio da confiança não abarca as situações em que o causador do dano tinha pleno conhecimento da violação de cuidado pela vítima, pois, em face disso, seu próprio dever de cuidado manifesta-se claramente. Como exemplo, Zaffaroni e Pierangeli mencionam a hipótese de um condutor de automóvel que enxerga uma pessoa atravessando a rua fora da faixa de segurança e não adota o cuidado devido, conforme as circunstâncias (ZAFFARONI, 2008, p. 442).

Recorre-se a outros critérios para averiguar-se qual era o cuidado objetivamente exigível ao indivíduo em face de determinada situação, como os deveres de informação sobre riscos e de abstenção de condutas de que resultem perigo e a ponderação entre a utilidade e o risco nessas hipóteses. Entretanto, registrem-se apenas as suas existências, deixando-se de examiná-los diante dos limites deste trabalho.

Quanto ao desvalor do resultado, impõe-se a remissão ao art. 18, II, do Código Penal, que estabelece que

Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, o resultado também é um componente do injusto, sendo que não se pode confundir-lo com o dano, pois aquele ocorre, também, nos crimes de perigo, em que a produção da própria situação perigosa configura o resultado proibido pela ordem jurídica. A doutrina divide-se quanto a qual categoria específica do injusto o dano integra, parte dela o localizando na culpabilidade, ao passo que outro segmento o coloca no injusto penal culposos.

Zaffaroni e Pierangeli concebem o resultado como um integrante necessário do tipo culposos pois a mera violação de uma norma de cuidado jamais poderia redundar, em uma visão garantista, na criminalização imediata, pois esta, em tais circunstâncias, ocorreria em massa, indo de encontro à sua construção de uma dogmática jurídico-penal cuja missão deve ser a de garantir

a segurança jurídica, isto é, a proteção do ser humano diante da atividade repressora e violenta do Estado. Afirmam que:

A realidade é que o resultado é, efetivamente, um “componente de azar”, que responde à própria função garantidora – função política – que deve cumprir o tipo, num sistema de tipos legais (ver n. 222). O resultado não pode ser considerado fora do tipo culposo, nem se pode pretender que seja uma “condição objetiva de punibilidade”, e sim uma limitação à tipicidade objetiva, mas que se encontra dentro do tipo objetivo. Se considerássemos o resultado fora do tipo, os elementos do tipo objetivo culposo ficariam muito reduzidos, e o tipo culposo ficaria quase limitado a um conjunto de elementos normativos e subjetivos (estes últimos de caráter muito especial, ver n. 277), o que afetaria a segurança jurídica. O resultado integra o tipo porque assim o exige a função garantidora cumprida pelo tipo e a lei penal em geral, para não dizer de todo o direito (ZAFFARONI, 2008, p. 440).

Rogério Greco filia-se a essa corrente, como se percebe:

[...] para que possamos falar em delito culposo faz-se necessária a ocorrência de um resultado, como regra, naturalístico. Sem ele, o fato praticado pelo agente poderá até se amoldar a uma outra figura típica dolosa, mas nunca culposa. No caso do agente que avança o sinal de trânsito, participando de um ‘racha’ em via pública, embora não tenha atropelado ninguém, não podendo, portanto, ser responsabilizado por um crime de lesão ou homicídio culposo, poderá, dependendo do caso concreto, responder pelo delito previsto no art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro, se de sua conduta resultar dano potencial à incolumidade pública ou privada (GRECO, 2010, p. 192).

Por outro lado, Luiz Regis Prado, no que é seguido por boa parte da doutrina, não localiza o resultado no âmbito do tipo, mas na esfera do tipo de injusto. Para ele, “Tal conclusão é a que ‘fundamenta a exigência (...) de um determinado nexo normativo que está além da mera causalidade entre a ação descuidada e o resultado lesivo’, isto é, o fim de proteção da norma” (PRADO, 2013, p. 417).

Além da produção do resultado, deve haver o nexos de causalidade entre ele e a infração ao dever de cuidado. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, a adoção dos termos imprudência, imperícia e negligência no art. 18, II, do Código Penal, demonstra que a lei brasileira exige, para a configuração de ação típica, o nexos entre a violação do dever objetivo de cuidado, expressado em tais institutos, e o resultado causalmente produzido pelo agente, conforme o aplicado pelos juristas:

[...] não basta que a conduta seja violadora do dever de cuidado e cause o resultado, mas que, além disto, deve haver uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do

resultado, isto é, que a violação do dever de cuidado deve ser determinante do resultado. [...] o que aqui se requer é que, numa conduta que tenha causado o resultado, e que seja violadora de um dever de cuidado, o resultado venha determinado pela violação do dever de cuidado (ZAFFARONI, 2008, p. 443).

O terceiro elemento, a previsibilidade do resultado (inserida, por alguns autores, na culpabilidade), reparte-se em previsibilidade objetiva e previsibilidade subjetiva. A previsibilidade objetiva integraria a tipicidade, para parte da doutrina, ao passo que a previsibilidade subjetiva seria um elemento da categoria da culpabilidade.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a previsibilidade tem o mérito de conciliar as culpas consciente e inconsciente, demonstrando, inclusive, a inserção da culpa inconsciente no âmbito normativo penal (SANTOS, 2012, p. 179). A culpa consciente, como visto, ocorre na hipótese em que o agente previu a possibilidade do resultado, mas confiou na sua não ocorrência, em virtude de certos motivos, como a sua técnica, a qual, contudo, falhou na execução, ou melhor dizendo, simplesmente não existiu, pois como explica Luiz Flávio Gomes, “na imperícia o profissional não conta com habilidade suficiente para praticar determinada atividade (não é hábil, não tem conhecimento sobre o que faz)” (GOMES, 2004, p. 162). A culpa inconsciente, por sua vez, surge quando o sujeito sequer vislumbrou as consequências de sua conduta (ação ou omissão), mas elas eram previsíveis de acordo com o senso comum da população.

Assim, somente pode ser desvalorado aquele resultado que, pelas linhas da ação movida e pelas circunstâncias fáticas, era previsível, de acordo o senso intelectual mínimo existente na sociedade. Revela-se, aqui, o que poderia ser chamado de tipo subjetivo, ainda que resguardado o caráter meramente didático dessa classificação.

Luiz Flávio Gomes sintetiza de modo didático esses aspectos, como se vê:

O resultado naturalístico (quando exigido pelo tipo) deve ser previsível (objetiva e subjetivamente). Resultado previsível é o resultado controlável pelo agente (dominável por ele, evitável). Seja na culpa consciente, seja na inconsciente, o resultado deve ser previsível. É previsível que ocorra um acidente quando o agente ultrapassa sinal vermelho, quando ultrapassa numa lombada etc. Não é previsível que um carro zero quilômetro quebre a barra de direção.

Se isso ocorrer, não se trata de fato culposo. Se, nessa situação, o resultado for atribuído ao agente, é pura responsabilidade objetiva. Na culpa inconsciente o agente não representa o resultado, não prevê o resultado, embora fosse previsível. Na consciente ele representa o resultado, prevê o resultado, que é previsível. Não basta, de qualquer modo, a previsibilidade objetiva do resultado. Impõe-se verificar também no âmbito da tipicidade a previsibilidade subjetiva, isto é, saber se o sujeito, nas circunstâncias em que agiu, podia prever o resultado. A falta de previsibilidade subjetiva, para a doutrina clássica (Welzel, Jescheck), excluía a culpabilidade. Para nós, essa falta exclui a própria tipicidade, porque a previsibilidade subjetiva também pertence ao tipo de injusto (Stratenwerth, Gossel etc.) (GOMES, 2004, p. 165).

A antijuridicidade nos delitos culposos, por sua vez, não guarda grandes ou relevantes discrepâncias em relação aos dolosos, aplicando-se-lhes as mesmas regras. Assim, perfeitamente possível a licitude da atuação culposa de um agente que tenha desembocado em um resultado típico, desde que abarcado pelas hipóteses excludentes, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de um direito.

No que toca à culpabilidade, aplicam-se aos crimes de culpa praticamente as mesmas regras dos delitos dolosos, pois a estrutura dessa categoria reflete-se de forma idêntica nas duas modalidades delitivas. Evidentemente, nos crimes culposos a culpabilidade encontra-se reduzida, face à gravidade superior da mesma nos delitos dolosos.

O único aspecto peculiar dessa categoria a ser destacado nos crimes culposos é o da previsibilidade do acontecimento. Como visto, para a doutrina majoritária, a previsibilidade objetiva radica-se na tipicidade e na ilicitude da conduta, enquanto que a previsibilidade subjetiva é aferida no juízo de culpabilidade, englobando-se a capacidade individual do agente. Por outro lado, parte do campo doutrinário entende que as características subjetivas, especialmente aquelas referentes à capacidade, devem ser analisadas já no tipo de injusto, determinando-se qual o cuidado efetivamente devido e, eventualmente, violado pelo sujeito causador do malefício.

2. CONCURSO DE AGENTES

Delineado o complexo do crime culposo, parte-se, agora, para o exame da autoria, abordando as teorias existentes a respeito da mesma, bem como as suas formas de aparecimento, conforme a doutrina jurídico-penal contemporânea.

2.1. AUTORIA: TEORIAS E FORMAS

Ao longo do desenvolvimento da teoria do delito, foram formuladas teorias a respeito do conceito de autor delitivo, com o propósito de melhor elucidar a questão da prática delitiva, determinando quais os seus agentes, bem como diferenciar de forma correta os institutos da coautoria e da participação criminal, amplamente difundidos e frequentemente confundidos.

Nesse espaço, a teoria unitária, ou monista, fortemente influenciada pela teoria causalista da ação, engloba no conceito de autoria todos aqueles que participam, em alguma medida, da relação de causalidade imputada no tipo penal, guardando estreito laço com a teoria da equivalência das condições. Desse modo, não haveria distinção entre autores e partícipes, pois cada qual teria cumprido um papel no processo físico-causal que desembocou no resultado. Já Antônio José Fabrício Leiria apontava que:

Este entendimento deixa de lado as particularidades da ação, para visualizá-la na sua generalidade com referência a causação do resultado. Todos os que concorrem para a consumação do crime são parificados e considerados como autores da infração. Tal conceito, de nítida feição objetiva, está relacionado com a teoria da equivalência das condições (LEIRIA, 2010, p. 84).

Atendo-se a esse critério, Juarez Cirino dos Santos e Zaffaroni referem que o grau de relevância da participação não seria medido como elemento do crime, mas sim como critério de individualização da pena (SANTOS, 2012, p. 342, e ZAFFARONI, 2008, p. 571).

Afirma Juarez Cirino dos Santos que o art. 29 do Código Penal parece ter consagrado tal entendimento (SANTOS, 2012, p. 347), pelo que se depreende da sua redação, *in verbis*:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 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. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Contudo, o jurista explica que, a despeito de tal dispositivo, a ordem jurídica consagra, na realidade, concepção diversa, pois

a introdução legal de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma, na prática judicial, o paradigma monístico da teoria unitária em paradigma diferenciador, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do domínio do fato, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal (SANTOS, 2012, p. 347).

Com efeito, a fim de limitar o extenso plano de punibilidade proporcionado pela corrente monista, surgiu a teoria restritiva, que atribui ao autor a prática dos preceitos contidos no tipo penal, em sua totalidade ou não, ao passo que o partícipe seria o que meramente colabora para a prática da infração, sem, no entanto, preencher os requisitos do tipo, deixando de ingressar no seu âmbito de forma a equipará-lo aos autores. Esta formulação, apesar de majoritária atualmente, é rejeitada por parcela da doutrina contemporânea, por não justificar, segundo Luiz Flávio Gomes e Juarez Cirino dos Santos, as situações de autoria mediata e de co-autoria (GOMES, 2004, p. 282, e SANTOS, 2012, p. 344).

No ponto, registre-se que Roxin credita essa diferenciação entre autores e partícipes ao finalismo, pois “uma distinção entre autor e partícipe no plano do injusto, com base no critério do domínio do fato, só consegue ser realizada se se considerar o dolo uma componente do tipo” (ROXIN, 2008, p. 60).

A partir dessa teoria, surgiram as correntes objetivo-formal e objetivo-material. De acordo com Pablo Alflen, a primeira linha

considera decisivo a realização dos elementos do tipo, ou seja, mantém-se estritamente no teor da descrição típica da conduta; em vista disso, autor é quem realiza, por si mesmo, total ou parcialmente a conduta típica, e partícipe é quem contribui com a realização do tipo, por meio de atos preparatórios e de apoio (ALFLEN, 2006, p.10).

O modelo objetivo-material, por sua vez, na explicação conferida pelo mesmo autor,

exsurge como uma complementação, na medida em que a teoria objetivo-formal falha nos casos de crimes de resultado em que falta uma descrição adequada do injusto da ação para possibilitar a distinção entre a autoria e a participação, de forma que procura suprir esta falha a partir da análise da maior periculosidade, que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor, face ao partícipe (ALFLEN, 2006, p. 10).

Diversamente do que entende Juarez Cirino dos Santos, Zaffaroni e Pierangeli entendem que a teoria restritiva estabelece um conceito “ôntico, real”, do que seja o autor, possibilitando a extensão da esfera punitiva às modalidades da cumplicidade e da instigação. De acordo com os juristas, tal corrente “se impõe à luz de nossa legislação, porque de outro modo não se explica a razão pela qual a lei se ocupa dos que participam (§ 1.º do art. 29), de forma especial, visto que, a ser certo o chamado conceito extensivo, a previsão estaria sobrando.” (ZAFFARONI, 2008, p. 572).

Nilo Batista adverte que:

A adoção de um conceito restritivo de autor impõe algumas conseqüências. A primeira delas – e poderíamos dizer clássica – é que aquele que se valesse de um terceiro que obrasse sem dolo para a execução do delito não poderia ser considerado autor. Para um rigoroso restriktiver Täterbegriff, agrilhado à execução do fato típico, a autoria mediata deveria constituir uma sui generis instigação em crime culposos. A segunda delas é que os eventuais dispositivos legais que regulem os casos de simples participação devem ser vistos como causas de extensão da punibilidade, ou, numa pauta mais correta, formas de extensão da tipicidade. A terceira será que o objetivismo extremado da concepção fará separar-se a vontade da ação, para que os fatos culposos possam ter autor dentro da mesma perspectiva de uma ‘neutra’ produção típica do resultado. A quarta será que, sob regimes legais que apenas mais gravemente a conduta do autor, a fixação nesse critério formal pode conduzir a situações de injustiça: se é aceitável que a realização do fato típico expresse autoria, a recíproca (onde não haja realização de fato típico não pode haver autoria) levaria a soluções insuportáveis (BATISTA, 2008, p. 31-32).

Ao lado da teoria restritiva, encontra-se a teoria extensiva, para a qual, no dizer de Nilo Batista, a autoria está relacionada à “causação da realização típica” (BATISTA, 2008, p. 32), ou, na melhor explicação de Luiz Regis Prado, “funda-se na teoria da *conditio sine qua non*, sendo autor aquele que concorre de qualquer modo para o resultado”, deixando de diferenciar, tal como a teoria monista, os papéis do coautor e do partícipe. Efetivamente, o mesmo Nilo

Batista avisa as consequências lógico-dogmáticas decorrentes dessa concepção, como se depreende:

A primeira delas é estabelecer um ponto de identidade ou, no mínimo, aproximação entre autores e cúmplices, referidos ambos à causação do delito: isto se fará seja numa perspectiva substancial, seja numa perspectiva metodológica. Derivada dessa colocação fundamental, virá a consequência de que os eventuais dispositivos legais que regulem os casos de simples participação devem ser vistos como causas de limitação da punibilidade, através das quais a lei trata menos severamente o causante-partícipe do que o causante-autor. (...) Assinala-se ainda como consequência da concepção ora examinada a constatação embaraçosa de que, no na linha de nivelamento por ela produzida, o protagonista do delito apareça como 'productio residual: como aquel causante que no es partícipe'. Porém aquela consequência que nos sensibiliza mais profundamente está na 'relativización de la función de garantía del tipo penal', para valer-nos expressão de Bacigalupo (...) Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva deste resultado 'abre' o tipo e viola o princípio da reserva legal (BATISTA, 2008, p. 33-34).

Por outro lado, a teoria subjetiva, que Nilo Batista refere como resultante da teoria extensiva (BATISTA, 2008, p. 34), diferencia a coautoria da participação criminal com base no estado anímico dos sujeitos. Conforme ensina Luiz Regis Prado, "autor é aquele que age com animus auctoris (quer o fato como próprio) e partícipe aquele que o faça com animus socii (quer o fato com algo alheio, de outro)" (PRADO, 2013, p. 568). Caso um deles tenha o dolo do cometimento da lesão, será autor, ao passo que o partícipe agiria culposamente. Por ensejar situações absurdas, especialmente na esfera dos delitos culposos, bem como por sucumbir nos delitos de mão própria, como bem explica Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, 2012, p. 345), tal concepção foi francamente deixada de lado pela dogmática jurídico-penal.

Diante desse quadro, encontram-se várias formas de autoria, quais sejam, a autoria imediata, a autoria mediata, a autoria colateral e o concurso de agentes. A autoria imediata ocorre quando alguém atua pessoal e diretamente para a prática do tipo de injusto, ou valendo-se de um objeto ou animal como instrumento, como lembra René Ariel Dotti (DOTTI, 2012, p. 445), ao passo que, na autoria mediata, um sujeito vale-se de outro indivíduo como instrumento para a perpetração do ato.

Zaffaroni e Pierangeli entendem que o autor mediato utiliza como instrumento o terceiro "que não comete o injusto, seja porque age sem dolo, atipicamente ou justificadamente." (ZAFFARONI, 2008, p. 574). René Ariel

Dotti afirma que o traço particular dessa modalidade de autoria está na circunstância de que o autor possui, com exclusividade, o domínio do fato, ao passo que o executor não. Aquele, conforme a lição do jurista, dispõe da decisão sobre a interrupção ou continuidade do fato criminoso (DOTTI, 2012, p. 445). De seu turno, Luiz Regis Prado afirma que autor mediato “é aquele que, possuindo o domínio do fato, serve-se de terceiro que atua como mero instrumento (geralmente inculpável – menor/doente mental; hipóteses de coação moral irresistível e de obediência hierárquica)” (PRADO, 2013, p. 572).

No crime culposo, Juarez Tavares afirma não ser possível a ocorrência dessa forma de autoria, por inexistir, pelo agente mediato, a intenção da produção do fato, e explica, ainda

devido à especial configuração da autoria mediata, na qual alguém comete o fato por meio de outrem, será sempre de se exigir o controle do autor mediato sobre a execução da ação realizada pelo autor direto, o que contradiz a estrutura do fato culposo, no qual o agente não atua com esse propósito e nem, ademais, poderá fazê-lo com relação à produção do resultado (TAVARES, 2009, p. 464).

Observe-se que o restante da doutrina também se inclina para essa impossibilidade.

Finalmente, encontramos a autoria colateral, existente quando “dois ou mais agentes atuam contra o mesmo objeto material sem que um deles tenha conhecimento da ação do outro”, na lição de René Ariel Dotti (DOTTI, 2012, p. 445). Luiz Regis Prado e Guilherme de Souza Nucci esclarecem que essa categoria não constitui um verdadeiro concurso de pessoas. O primeiro afirma que “a autoria colateral ou acessória, que não integra o concurso de agentes, ocorre quando duas ou mais pessoas produzem um evento típico independente umas das outras, quer dizer, sem atuarem conjunta e conscientemente” (PRADO, 2013, p. 572), ao passo que o segundo aduz que:

Ocorre tal modalidade de colaboração, que não chega a se constituir em concurso de pessoas, quando dois agentes, desconhecendo a conduta um do outro, agem convergindo para o mesmo resultado, que, no entanto, ocorre por conta de um só dos comportamentos ou por conta de dos dois comportamentos, embora sem que haja a adesão de um ao outro (NUCCI, 2010, p. 301).

Uma vez que ambos não sabiam da intenção um do outro, diz Nucci que “não podem ser considerados coautores, já que um não tinha a menor ideia da ação do outro (falta vínculo psicológico entre eles)” (NUCCI, 2010, p. 301). Luiz

Flávio Gomes apresenta explicação semelhante, ao afirmar que “ocorre autoria colateral quando várias pessoas executam o crime (crime único, contexto fático único) sem nenhum vínculo subjetivo entre elas.” (GOMES, 2004, p. 284). Tal modalidade, observe-se de antemão, é inteiramente compatível no âmbito da criminalidade culposa.

Nilo Batista afirma que:

Tem cidadania jurídico-penal brasileira a chamada autoria colateral, que se dá, na lição de Hungria, quando inexistente o que ele chama de ‘vínculo psicológico que une as atividades em concurso’, ou, na lição de Fragoso, ‘se falta a consciência de cooperar na ação comum’, assinalando ser ela ‘rara nos crimes dolosos mas freqüente nos crimes culposos’. Quando não haja, portanto, o acordo de vontades (tácito ou expreso) que consubstancia o requisito da comum resolução para o fato, não haverá co-autoria, e sim autoria colateral (BATISTA, 2008, p. 114).

Mais adiante, o penalista explica que “Na autoria colateral, cada agente deve responder por sua conduta, considerada individualizadamente.” (BATISTA, 2008, p. 115). Esta visão será fundamental para a compreensão do concurso de agentes em crimes de culpa.

A autoria incerta e a autoria sucessiva não interessam ao presente trabalho, pois não são cruciais para a elucidação da matéria objeto do presente estudo, deixando de serem abordadas.

2.2. CONCURSO DE AGENTES

Além das modalidades de autoria previamente examinadas, deve-se observar que, como se sabe, muitas vezes o ser humano não conseguiria alcançar, sozinho, os seus objetivos, necessitando, em quase todas as situações, do auxílio de outras pessoas. Evidentemente, isso também ocorre na seara criminal, quando um perigo ou dano é produzido pela atuação conjunta de duas ou mais pessoas, co-participação essa determinante para a realização do delito.

Nesse contexto insere-se a autoria coletiva ou concurso de agentes, existente quando dois ou mais indivíduos concorrem conjuntamente para o cometimento da infração, em verdadeiro fracionamento funcional. Veja-se, a respeito, a menção de Nilo Batista:

A idéia de divisão do trabalho, que alguns autores, com Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão do trabalho: Wessels, Welzel, Zaffaroni, por exemplo (BATISTA, 2008, p. 101).

Como se sabe, a maioria dos crimes culposos (senão a totalidade, já que a inflação legislativa não permite que se possa afirmar com certeza) são monossubjetivos, pois podem ser praticados por uma única pessoa (GRECO, 2010, p. 407), de modo que o concurso porventura existente, nesses casos, é chamado de “concurso eventual”. Tal conceituação tem sua razão de ser: diferenciar essa forma de concorrência delitiva com o denominado “concurso necessário”, próprio dos delitos plurissubjetivos, isto é, aqueles cujo tipo penal prevê dois ou mais agentes para a sua realização. De acordo com René Ariel Dotti, “enquanto a pluralidade de agentes é uma faculdade nos delitos monossubjetivos, torna-se ela uma necessidade nos delitos plurissubjetivos” (DOTTI, 2012, p. 440).

Para a ocorrência do concurso de agentes, são necessários, dentre outros pressupostos, o prévio acordo de vontades entre os sujeitos e a participação de cada um mediante determinada divisão funcional, de forma a cada um deles concorrer para a prática delitiva. Como modalidades desse fenômeno, encontramos, como visto, duas espécies, quais sejam, a coautoria e a participação.

A visão tradicional enxerga essas duas modalidades de concurso sob a ótica da teoria restritiva de autoria, a qual, como visto, concebe como coautores os sujeitos que ingressaram no espaço do tipo penal em qualquer grau, realizando total ou parcialmente um dos verbos típicos. Nessa senda, já nos afirmava Antônio José Fabrício Leiria que “Os co-autores, numa coordenação consciente e livre, completam-se para, com as ações respectivas, cada um deles levar ao outro uma parte indispensável para o total criminoso” (LEIRIA, 2010, p. 93). Hodiernamente, Alberto Silva Franco nos refere que “embora as contribuições dos co-autores para a concretização do fato criminoso possam materialmente variar, o resultado total deve ser debitado a cada um.” (FRANCO, 2007, p. 227).

O partícipe, por sua vez, seria aquele que forneceria mero auxílio material, como o indivíduo que fornece arsenal bélico para os assaltantes, sem, contudo, ingressar na órbita típica, não sendo equiparado aos verdadeiros autores, mas sendo tratado como um colaborador. Com efeito, assim ensina Alberto Silva Franco:

Participar significa ter ou tomar parte em alguma coisa, o que já expressa uma ideia de dependência, de acessoriedade. Quem participa não realiza fato próprio mas contribui para fato que está sob domínio de outrem. E, evidentemente, não se trata de um fato qualquer, mas, sim, de um fato que comporte, pelo menos, os juízos de tipicidade e de ilicitude. A participação pressupõe, portanto, 'a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais) a cuja realização o partícipe contribui' (Francisco Muñoz Conde. *Idem*, p. 204). É óbvio que, ao contrário do autor e do co-autor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar atos que se acomodem à figura típica, e sem ter, em suas mãos, o comando da ação criminosa (FRANCO, 2007, p. 228).

No ponto, mostra-se interessante mencionar a ideia de Miguel Reale Junior sobre o que ele chama de “norma integrativa”, que nivela condutas, de sujeitos distintos, aparentemente sem correspondência típica, para atribuí-las um caráter unitário:

Como já assinali, a norma do concurso de pessoas, unindo-se a uma norma incriminadora, forma a figura típica do concurso de pessoas de um determinado tipo de crime, colorindo de tipicidade a ação, por si só, atípica, permitindo a subsunção indireta no tipo penal. A norma integrativa, como afirma PEDRAZZI, nivela as condutas, supera as distinções, fazendo com que se atribua a ação típica a quem praticou apenas uma conduta acessória, sem, contudo, dar vida a um novo tipo de crime, mas a um novo tipo de aplicação do tipo existente, tendo a atuação acessória relevo jurídico similar ao da ação típica à qual está unida.

Desse modo, quem pratica uma ação secundária, acessória, vem a ser responsável pela ação típica à qual está ligada, especialmente graças ao dado subjetivo da vontade comum de realizar o delito, e para o qual coopera, aplicando-se de uma forma extensiva a norma incriminadora existente (REALE JUNIOR, 2009, p. 317-318).

Rogério Greco enumera os requisitos necessários para a ocorrência do concurso de pessoas, no que é acompanhado, de um modo ou de outro, pela imensa maioria da doutrina, conforme:

- a) Pluralidade de agentes e de condutas;
- b) Relevância causal de cada conduta;
- c) Liame subjetivo entre os agentes;
- d) Identidade de infração penal (GRECO, 2010, pg. 408).

Para o presente estudo, importa tão somente analisar, com mais afinco, as questões do liame subjetivo entre os agentes e da identidade de infração penal, já que produzem mais eco no que diz respeito aos delitos culposos.

Hans Welzel, ainda em meados do século XX, conceitou a coautoria sob forte influência da teoria do domínio do fato. Veja-se:

La coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Toda coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total (§ 47) (WELZEL, 1956, p. 113).

Mais adiante, o jurista explica ainda melhor o seu entendimento:

La coautoría es en sí misma una forma de la autoría, al lado de la autoría sola. Coautoría es autoría. Por eso cada coautor debe ser autor; vale decir, tener las condiciones personales -objetivas y subjetivas- de autor, y en los delitos de propia mano (véase IV), cada uno debe realizar él mismo el acto punible (con ello queda refutado el RG., 71-364).

En lo demás, para el elemento de la coautoría adecuado al hecho, es decisivo el dominio final del hecho; por eso se elimina, desde un principio, de la coautoría al que há sido instrumento de un autor mediato. Por tanto, cada coautor debe subjetivamente ser coportador de la decisión común del hecho, vale decir, tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente completar las contribuciones de los demás al hecho, mediante su contribución de hecho. Siempre es coautor quien –em posesión de las condiciones personales de autor- realiza una acción de ejecución, en el sentido técnico, sobre la base del plan común del hecho, pues en la realización finalista y voluntaria de la acción de ejecución, se manifiesta más claramente la propia voluntad de concreción. Pero también el que en lo objetivo sólo realiza meros actos preparatorios o de ayuda, es coautor, cuando es coportador de la decisión común del hecho. Por eso le debe ser comprobada especialmente la participación en la decisión del delito, para lo que deben tomarse en cuenta, como indicios, todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El minus en la participación objetiva, debe ser compensado por el plus en la comprobación particular de la coparticipación en la decisión del delito, si no el objetivamente menos partícipe podría ser penado solamente como cómplice. Por eso la cuestión de la coautoría puede ser resuelta solamente mediante una apreciación minuciosa de todo el complot delictuoso y del grado de la participación objetiva de todos los partícipes, pero no mediante fórmulas categóricas (véase WELZEL, J. Z., 1947, ps. 645 y SS.) (WELZEL, 1956, p. 116-117).

Juarez Cirino dos Santos refere que o ajustamento das vontades caracteriza o conteúdo subjetivo da autoria coletiva, relacionada à “decisão comum de realizar (com consciência e vontade) tipo de injusto determinado,

que fundamenta a responsabilidade de cada coautor pelo fato típico comum integral”. O mesmo autor refere, ainda, que o aspecto objetivo, de seu turno, relaciona-se com o preenchimento dos elementos previstos no tipo penal, isto é, com a “realização comum do tipo de injusto, mediante contribuições parciais no domínio comum do fato típico”. Ambos, no dizer do grande penalista, convergem em verdadeiro acordo de vontades, caracterizando o instituto do concurso de agentes (SANTOS, 2012, p. 252-253).

O famoso “liame subjetivo entre os agentes”, também tratado como “nexo psicológico”, especialmente pelos Tribunais Superiores, constitui elemento fundamental para a existência do concurso, sem o qual não há falar em identidade típica, mas cada um dos indivíduos responderia, então, pela própria conduta perpetrada. Isto é, sem tal conexão, não se atribui aos sujeitos as denominações de “coautor” ou de “partícipe”, podendo existir, se for o caso, a autoria colateral. Assim, Nilo Batista ensina:

Fundamentalmente – sirva-nos a lição de Stratenwerth – a co-autoria se sujeita a duas exigências: a comum resolução para o fato e a comum (sob divisão de trabalho) realização dessa resolução. A comum resolução para o fato é exprimida concretamente por um acordo recíproco de vontades, que Leiria concebia como ‘coordenação consciente de vontades para a realização da obra comum’. Tal acordo pode ser expresso ou tácito, porém deve ser em qualquer caso bilateral, no sentido de ser conhecido por todos os co-autores; a anuência unilateral dá ensejo à chamada autoria colateral (BATISTA, 2008, pgs. 102-103).

Contudo, apenas ressalte-se que tal relação psicológica entre os sujeitos de modo algum significa um prévio acordo. Na realidade, a comunhão de vontades direcionados ao evento que acaba por preencher a descrição típica pode se dar mediante o mero intento e consciência da cooperação, tal como nos ensina René Ariel Dotti:

Não se exige um pactum sceleris ou simples acordo para a configuração do elemento subjetivo. Basta a consciência de cooperar, de qualquer modo, em maior ou menor grau, para a ação de outrem visando praticar o fato punível. A reciprocidade do elemento subjetivo também é necessária, pois se um dos concorrentes não souber da colaboração de outrem no mesmo fato não haverá, para ele, o concurso (DOTTI, 2012, p. 449).

Corroborando esse entendimento, localiza-se a lição de Nilo Batista:

A resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de co-atoar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum. É

absolutamente dispensável, conquanto seja a modalidade mais habitual, que isso se faça em termos de um 'prévio ajuste', e neste passo a doutrina brasileira é unânime. Pelo contrário, o acordo de vontades pode ocorrer durante o fato, e depois que parte dele tenha sido realizada, dando surgimento ao que se chama de co-autoria sucessiva (BATISTA, 2008, p. 103).

Sintetizando todo esse esquema, Cezar Roberto Bitencourt, com precisão, nos caracteriza a coautoria:

Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. coautoria é em última análise a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime.

A coautoria fundamenta-se no princípio da 'divisão de trabalho', em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor. (...) na coautoria não relação de acessoriedade, mas a imediata imputação recíproca, visto que cada um desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum (BITENCOURT, 2011, p. 490-491).

A participação, por sua vez, de acordo com o autor,

é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida (BITENCOURT, 2011, p. 491).

Enquanto que a participação é completamente descartada na seara dos crimes culposos, a configuração de coautoria nesse campo vem sendo alvo de debate, como se verá.

2.3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Tendo em vista o amplo espaço que essa matéria vem conquistando na mídia brasileira, principalmente em função da Ação Penal n.º 470 (que, antecipe-se, não tratou de crimes culposos), convém fazer algumas referências a respeito da teoria do domínio do fato, especificamente em relação à sua aplicação a delitos culposos.

Inicialmente formulado por Hegler em 1915, o qual o restringia ao campo da culpabilidade, o conceito de domínio do fato foi primeiramente concebido na órbita da autoria por Lobe, em 1933, e, com mais ressonância, por Hans Welzel, no ano de 1939, como nos informa Luís Greco (GRECO, 2013, p. 2). Contudo, a elaboração decisiva desse instituto, a qual vige até os dias atuais, credita-se a Claus Roxin, em estudo de 1963 (GRECO, 2013, p. 2), que buscou conciliar o critério objetivo da teoria restritiva com o subjetivo da teoria extensiva, como afirma Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, 2012, p. 346).

Registre-se, contudo, que Luís Greco afirma que a teoria do domínio do fato transcende a mera conjugação entre os aspectos subjetivos e objetivos ressaltados pelas doutrinas anteriores. Segundo o jurista, a proposta de Claus Roxin constitui uma “descoberta, uma inovação dogmática” (GRECO, 2013, p. 3)

Procurando resolver o problema da autoria mediata, que se mostra insuficiente em face dos crimes de “mando”, Roxin engloba na definição de autoria o sujeito que, embora não tivesse concorrido para o crime de maneira física e direta, possuía o poder e a disponibilidade da determinação do “que” e do “como” fazer, isto é, quais ações praticar e quais os meios para se obter os resultados desejados. Esse poder e disponibilidade representariam o domínio do fato, em virtude de certas circunstâncias.

Luís Greco, entretanto, explica que tal formulação procura, antes de tudo, distinguir de maneira precisa e rigorosa quem é autor de quem é partícipe, formulando-se uma “solução a um problema concreto”, determinando-se de que forma o agente será punido, e não se efetivamente o será, uma vez que a imputação do sujeito ao resultado já estaria realizada (GRECO, 2013, p. 2).

Pablo Alflen afirma que, para os partidários do domínio do fato,

o critério decisivo para a autoria é o possuir o domínio do fato, no sentido do deter nas mãos (“In-den-Händen-Halten”) o curso do acontecimento típico e para isso é importante que se tenha o domínio da decisão (o domínio sobre o “se” do fato) e o domínio da forma (domínio sobre o “como” do fato). De acordo com isso, considera-se autor, “aquele que, enquanto ‘personagem central’ ou ‘figura chave’ realiza o acontecimento através da sua decisão e o configura de acordo com a sua vontade, ou seja, pode deixar ocorrer ou impedir a execução do fato”¹⁷, sendo que, no caso de autoria mediata o domínio do fato baseia-se na possibilidade de condução do executor, isto é, do chamado instrumento (Werkzeug) (ALFLEN, 2006).

Segundo Juarez Cirino dos Santos essa teoria

supera os limites de ambas as teorias porque considera a ação na sua estrutura subjetiva e objetiva, pressuposta no controle do tipo de injusto e necessária para mostrar o fato como obra do autor: subjetivamente, o projeto de realização (a vontade criadora) do tipo de injusto; objetivamente, a (magnitude das contribuições para) realização do projeto de tipo de injusto. A idéia básica da teoria do domínio do fato pode ser assim enunciada: o autor domina a realização do tipo de injusto, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica; o partícipe não domina a realização do tipo de injusto, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica (SANTOS, 2012, p. 346).

Pablo Alflen refere que há subcorrentes extremamente subjetivas e correntes elevadamente objetivas dentro da teoria principal (ALFLEN, 2006, p. 11). As primeiras “vêm os elementos essenciais do domínio do fato na disposição de decisão e conformação da ação pelo dirigismo da vontade orientada à realização do fato”, ao passo que as objetivas “centram-se mais na realização do tipo, de forma que, autor é quem aspira o resultado de tal maneira que continue sendo detentor do domínio do fato, ou seja, mantendo em suas mãos o decurso do acontecimento típico” (ALFLEN, 2006, p. 11). O jurista afirma que a posição de Roxin reside no entendimento “acentuadamente” objetivo do domínio do fato, que o divide em domínio por ação, domínio por vontade e domínio funcional.

O autor afirma que o domínio por ação corresponde à autoria imediata, pois constitui “o domínio de quem realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do autor imediato.”. O domínio da vontade, de seu turno, relaciona-se com a autoria mediata, em que o sujeito central vale-se de outrem para a perpetração dos elementos típicos, sujeição essa resultante de coação, de erro ou da existência de um “aparato organizado de poder” (ALFLEN, 2006, p. 12). Por sua vez, o domínio funcional refere-se à co-autoria. Nessa modalidade, como visto, há uma atividade coordenada entre os agentes, os quais agem mediante divisão especial de tarefas, cada qual praticando uma conduta e preenchendo determinado(s) elemento (s) do tipo legal.

Contudo, Pablo Alflen nos informa que a doutrina brasileira vem tratando o tema de um modo um tanto quanto diverso, sem grande homogeneidade, conforme:

[...] de um modo geral, pode-se dizer que a doutrina brasileira, por sua vez, trabalha com a idéia de domínio do fato pelo domínio da ação (a), quando define o autor como sendo aquele que, em virtude do seu domínio sobre o fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminosa.

Não obstante isso, o domínio do fato pelo domínio da vontade (b), consubstanciado na idéia do homem de trás (autoria mediata), também tem sido objeto de análise e estudo pela literatura jurídico-penal brasileira. Entretanto, justamente aqui esta não segue uma visão sistemática, no sentido de Roxin, que, como tem referido Kai Kambos, subdivide esta forma de manifestação de domínio do fato em três modalidades, a saber: o domínio da vontade por coação (b.1), o domínio da vontade pelo uso do indivíduo que atua como um fator causal cego (b.2) e o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder (b.3).

A literatura jurídico penal brasileira reconhece as duas primeiras hipóteses, porém o chamado domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, também chamado domínio por organização não tem sido objeto de análise ou estudo, sendo temática recente no Direito Penal brasileiro (ALFLEN, 2006, p 11-12).

No que toca aos crimes culposos, a teoria do domínio do fato parece não ser suscetível de aplicação, posição seguida por diversos penalistas, como Zaffaroni e Pierangeli, para os quais “enquanto a autoria dolosa baseia-se no domínio do fato, a culposa o faz na causação do resultado” (ZAFFARONI, 2008, p. 577). Na mesma esteira, Jorge de Figueiredo Dias limita o critério somente aos crimes dolosos, pois ele “se liga indissolúvelmente, de um ponto de vista psicológico, a um controlo do acontecimento pela vontade do agente”, descartando, por completo, a sua incidência em delitos de culpa (DIAS, 2007, p. 770).

No mesmo horizonte, encontramos Miguel Angel Núñez Paz, em obra coletiva:

[...] devemos excluir o domínio do fato. Aqueles que sustentam esta teoria para os delitos dolosos consideram de forma quase unânime que esta proposta não é aplicável ao crime culposos, pois nesta modalidade de crime não se dominam os aspectos essenciais da execução do fato, nem se dirige um processo que desemboca no resultado (OLIVÉ, 2011, p. 559).

Em suma, a teoria do domínio do fato não é aplicável aos crimes culposos, seja na forma de domínio por ação (já que o agente não controla a conduta, ou melhor, a sua relação com o resultado indesejado), seja nas formas de domínio por vontade (uma vez que a autoria mediata é incompatível com delitos de culpa) ou de domínio funcional. Nesta última modalidade,

igualmente inexistente o controle da situação por parte dos agentes que realizaram a divisão funcional de tarefas.

3. COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS

3.1. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Doutrinariamente, existe certa e respeitável divergência a propósito da possibilidade de ocorrer coautoria em crime culposo. De início, registre-se que a dogmática alemã não admite essa concomitância, ao passo que os espanhóis não somente a aceitam, como inclusive não repelem a participação criminal culposa.

No Brasil, a doutrina clássica admite pacificamente a existência de coautoria culposa, como se extrai de Hungria e Magalhães Noronha, na informação do célebre penalista Francisco de Assis Toledo, que explica:

[...] a questão sobre o concurso em crime culposo, pois neste tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação. As diferenças subjetivas ou objetivas das ações convergentes, na co-delinquência, podem ser levadas em conta, não para atribuir a qualquer delas uma diversa importância causal, mas apenas para um diagnóstico de maior ou menor periculosidade (Rocco). Nélon Hungria adota essa mesma solução e também Magalhães Noronha. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, igualmente, em prol da admissão da co-autoria culposa, embora registrando as divergências existentes a propósito (TOLEDO, 1994, p. 305).

Antônio José Fabrício Leiria, em clássica obra sobre o tema, tomou posição pela compatibilidade entre os institutos da coautoria e do crime culposos, justificando que “nestes casos, nada impede que se forme o ajuste de vontades em torno da ação” (LEIRIA, 2010, p. 143).

Mirabete também se posicionou nesse sentido, segundo o qual tal modalidade fundamenta-se em um vínculo psicológico entre indivíduos que realizam certa conduta, colaboração essa relacionada apenas à causa, isto é, à ação, e não ao resultado. Veja-se o que nos diz o clássico autor paulista, tantas vezes citado no contexto jurídico nacional:

De há muito está assentada a possibilidade de concurso em crime culposo. Existente um vínculo psicológico entre duas pessoas na prática da conduta, ainda que não em relação ao resultado, concorrem elas para o resultado lesivo se obrarem com culpa em sentido estrito. São coautores, por exemplo, dois empregados que lançam imprudentemente uma tábua do andaime, ferindo um transeunte; duas pessoas que preparam uma fogueira, causando por negligência um incêndio etc. Também haverá coautoria entre o

motorista que dirige em velocidade incompatível com o local e o passageiro que o instigou a tal, causadores ambos de lesões corporais ou morte decorrentes das condutas imprudentes.

O concurso de agentes no crime culposamente difere daquele do ilícito doloso, pois se funda apenas na colaboração da causa e não do resultado (que é involuntário). Disso deriva a conclusão de que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado, não se podendo falar em participação em crime culposamente. Nessas hipóteses, há sempre coautoria porque os concorrentes realizam a conduta típica, concretizam o tipo pela inobservância do dever de cuidado, não praticando simplesmente uma conduta que, em si mesma, seria penalmente irrelevante (MIRABETE, p. 220-221).

Ainda que apenas um dos requisitos do concurso de agentes fosse tratado com preocupação, ou melhor, com posição destacada, deixando-se de analisar, mais seriamente, o elemento da identidade da infração penal, hodiernamente a maioria da doutrina segue aceitando tal possibilidade, podendo-se mencionar, dentro dela, René Ariel Dotti e Guilherme de Souza Nucci (DOTTI, 2012, p. 459; NUCCI, 2010, p. 301). Este nos afirma que:

Embora concordemos totalmente que a participação somente se dá em crime doloso, somos levados a afirmar que, havendo contribuição de alguém à conduta culposa de outrem, configura-se a coautoria e não uma mera autoria colateral. Esta, em nosso entendimento, demanda a contribuição para o resultado sem noção de que se está atuando em auxílio de outra pessoa. A autoria colateral, no cenário da culpa, para nós, caracteriza a denominada culpa concorrente (vide a nota 71 ao art. 18), pois reservamos a expressão 'autoria colateral' para o dolo (NUCCI, 2010, p. 301).

Por sua vez, o mineiro Rogério Greco nos informa que:

Embora exista controvérsia doutrinária, a tendência contemporânea é a de aceitar a coautoria em delitos culposos. Duas pessoas podem, em um ato conjunto, deixar de observar o dever objetivo de cuidado que lhes cabia e, com a união de suas condutas, produzir um resultado lesivo.

Magalhães Noronha, depois de mencionar autores que, a exemplo de Carrara e Sighele, não aceitavam a possibilidade de concurso de pessoas nos crimes culposos, assevera:

'Tais opiniões não triunfaram, pois não só a prática, como os princípios mostram ser possível a cooperação no crime culposamente. Com efeito, neste a ação causal é voluntária e o evento previsível. Ora, se se admite isso para um agente, por que não se admitir para o outro?' (GRECO, 2010, p. 455).

O autor nos remete ao posicionamento de Esther de Figueiredo Ferraz, que apresenta interessantíssima visão do problema, confessando, inclusive, que, convencida da impossibilidade de coautoria culposa, cedeu à posição majoritária, diante da força do elemento subjetivo, isto é, do nexos psicológico, entre os agentes:

Embora houvésemos durante anos e convictamente negando a possibilidade da participação em crimes culposos, vimo-nos obrigadas a abrir mão daquele ponto de vista, tão ponderáveis as razões demonstrativas da procedência da opinião contrária. E chegamos à conclusão de que nossa relutância inicial em acatá-la se explicava por uma certa distorção no sentido de tratar os delitos culposos como se fossem dolosos. Ora, esses dois tipos de infrações não de se sujeitar, cada qual a seu modo, cada qual dentro da linha imposta pela sua natureza específica, às normas pertinentes ao concurso de agentes. É evidente que o vínculo de natureza psicológica que liga as várias condutas ao resultado comum será diverso conforme se trate de crimes dolosos ou culposos. Nem por isso, entretanto, deixará de haver nesses últimos aquela coincidência ou confluência de vontades erigida para a caracterização do concurso. Será também, como observa José Salgado Martins, 'um concurso subjetivo de vontades, embora os agentes não atuem no sentido de, intencionalmente, alcançar o resultado'. Destarte, servindo-nos do exemplo apresentado pelo saudoso penalista pátrio, 'se dois homens que se entregam à mesma atividade, levantando uma parede, derrubando uma árvore, acionando uma máquina ou engenho industrial, não cuidarem de realizar essas diferentes ações com a necessária cautela e prudência, sendo previsível que dessa omissão poderia resultar um dano a outrem, serão coautores de um delito culposo se o dano realmente ocorrer (FERRAZ apud GRECO, 2010, p. 456).

O jurista, após, conclui que, apesar do fato de que a coautoria culposa não pode ser apreciada sob o mesmo prisma da coautoria dolosa, em virtude das diferenças estruturais entre os tipos penais envolvidos (no tipo culposos insere-se a violação a um dever de cuidado), a possibilidade da ocorrência do fenômeno não pode ser descartada, no que se põe ao lado de Esther de Figueiredo Ferraz (GRECO, 2010, p. 457).

Cezar Roberto Bittencourt também admite tal configuração, como se vê de sua obra:

Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores. Nesse aspecto, a concepção brasileira assemelha-se, na essência, com a alemã, ao sustentar que toda contribuição causal a um delito não doloso equivale a produzi-lo, na condição de autor, para os alemães, na de coautor, para os brasileiros, pois, como dizia Welzel, 'a coautoria é uma forma independente de autoria... A coautoria é autoria. Por isso, cada coautor há de ser autor, isto é, possuir as qualidades pessoais (objetivas e subjetivas) de autor...' Assim, no exemplo do passageiro que induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva e contribui diretamente para um atropelamento, que para os alemães seria autor, para os espanhóis seria simples partícipe, para a doutrina brasileira seria coautor (BITENCOURT, 2011, p. 497).

Paulo Queiroz, por fundamento diverso, aceita a coautoria culposa, sustentando que o diploma repressivo não contemplou a distinção entre coautoria e participação, sendo que estas dizem respeito à “produção de um resultado não querido e geralmente não previsto, mas à ação negligente tomada conjuntamente”. Aliado a isso, o autor afirma que, em não se admitindo a co-autoria, mostrar-se-ia impossível a responsabilização dos supostos coautores ou partícipes (QUEIROZ, 2010, p. 293).

Damásio de Jesus, igualmente, não vê qualquer diferença entre coautores e partícipes em crimes culposos, conforme:

Admite coautoria, porém não participação. O crime culposo tem o tipo aberto, sendo típica toda conduta que descumpra o dever objetivo de cuidado. Assim, é autor aquele que, violando esse dever, dá causa ao resultado. Todo grau de causalidade a respeito do resultado típico produzido não dolosamente, mediante uma ação que não observa o cuidado requerido no âmbito de relação, fundamenta a autoria do respectivo delito culposo. Por essa razão, não existe diferença entre autores e partícipes nos crimes culposos. Toda classe de causalidade do resultado típico é autoria (JESUS, 2010, p. 159).

Miguel Reale Júnior, ainda que partindo de entendimento um tanto quanto diferente, apresenta concordância quanto à coautoria culposa:

[...] a existência de um dever de cuidado geral não exclui a existência de um domínio do fato, como o poder de fazer ou deixar de fazer a conduta instigada pelo cúmplice. Desse modo, pode o motorista ceder ou não às instâncias do acompanhante, pois ‘uma coisa é instigar a corrida imprudente e uma outra dar causa ao evento danoso’.

Creio que o disposto no art. 30 do Código Penal comprova a admissão da participação em crime culposos, ao dispor que o auxílio, o ajuste, a determinação ou instigação são impuníveis, se o crime não chega a ser tentado, reconhecendo-se que há um autor principal que tem o domínio do fato e que pode não cumprir a ação para a qual se instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato, orientando-o, dando-lhe vida ou não (REALE JUNIOR, 2009, p. 320).

Entretanto, apesar de tais entendimentos constituírem a corrente doutrinária majoritária no país, parcela respeitabilíssima da doutrina inadmita tais posições. Pode-se entender que o ponto crucial da questão encontra-se no seguinte aspecto: como visto, a grande distinção entre as figuras típicas dolosa e culposa reside não na conduta efetuada pelo agente, mas pela transgressão a um dever de cuidado que lhe era imposto pela ordem jurídica em face das circunstâncias fáticas. Esse dever é individual, pois o ordenamento jurídico só pode atribuir determinado dever a quem efetivamente possa realizá-lo, como se

conclui das palavras dos próprios Zaffaroni e Pierangeli (ZAFFARONI, 2008, p. 444-445).

Juarez Tavares, do mesmo modo e por fundamentos semelhantes, repele a possibilidade dessa concomitância. Parte o jurista da noção de que a autoria culposa está relacionada diretamente a uma norma de cuidado, a qual submete o indivíduo a um dever de atuação determinado. Afinal, como analisado, o cuidado é devido individualmente, sendo atribuída a atenção desse cuidado de acordo com a posição de cada pessoa, não sendo possível a atribuição do mesmo cuidado a outros sujeitos (TAVARES, 2009, p. 453).

O penalista carioca assenta que:

[...] a execução está condicionada ao modo e à forma como determinado autor viola a norma de cuidado e, através disso, produz a lesão do bem jurídico. Se o autor culposo está vinculado a uma norma de cuidado, está, igualmente, submetido a um dever de agir de certa forma e de certo modo. [...]

Tratando-se de delitos com um tipo de estruturação complexa, no qual estão mesclados dever extrapenal, proibição penal e resultado imputável, cada autor detém características objetivas próprias que não podem ser estendidas simplesmente a qualquer um que tenha contribuído causalmente para o resultado proibido (TAVARES, 2009, p. 460).

Diante dessa base, o autor afirma que:

Em função dessa relação normativa complexa, os delitos culposos não comportam coautoria, somente autoria colateral. Caso um determinado evento tenha contado com a participação de mais de uma pessoa, cada uma responderá, individualmente, pelo delito culposo respectivo (TAVARES, 2009, p. 461).

Mais adiante, assevera que:

[...] no delito culposo não se pode reconhecer uma unificação de condutas sob o plano de uma resolução comum ou uma causalidade conjunta para o fato. Atendendo a estas particularidades, o processo de imputação está aqui subordinado a um juízo de avaliação que vai desde a consideração objetiva do desdobramento da atividade até a sua individualização.[...] Com essa individualização da participação de cada um o que se obtém é uma melhor e mais perfeita especificação de sua responsabilidade, evitando-se, pois, uma generalização que só conduz a perplexidades e soluções controvertidas (TAVARES, 2009, p. 462).

Diversamente do considerado por Paulo Queiroz, Juarez Tavares não enxerga dissonância entre essa posição e o conteúdo disposto no art. 29 do Código Penal (TAVARES, 2009, p. 463). A interpretação deste dispositivo, na visão do penalista, deveria ser conformado à estrutura de espécies delitivas

específicas, quais sejam, apenas aquelas cujos aspectos material e normativo possibilitam a concorrência. Ademais, afirma que

[...] essa expressão, por exemplo, não pode se sobrepor aos elementos que configuram o processo de imputação, tal como a relação de causalidade e os limites normativos que lhe são impostos, do contrário justificaria a punição do fabricante da cama pelo crime de estupro que fora cometido sobre ela (TAVARES, 2009, p. 464).

Nilo Batista também não coaduna com a incidência da coautoria em delitos culposos, ao afirmar que falta “espaço lógico para o concurso de agentes” (BATISTA, 2008, p. 81). Em crítica amarga, aduziu que:

É predominante, entre nós, a admissão de concurso em crime culposos, talvez pela influência da doutrina italiana, que não poderia atuar como paradigma, no caso, face à presença de expresso dispositivo (art. 113 do código penal italiano). Tomemos um dos exemplos mais diletos dessa doutrina: A reúne lenha para a fogueira e B deita-lhe fogo, resultando incêndio. A e B são autores diretos do crime de incêndio, pois cada um violou, de forma pessoal e incomunicável, o dever objetivo de cuidado imposto pelas ‘condições concretas’, e contribuiu causalmente para o resultado (teoria da conditio). Há como fracionar o domínio do fato que fundamenta a autoria nos delitos dolosos de ação; até com submissão ao critério formal-objetivo, é possível pensar no fracionamento da execução da conduta típica; mas não há como fracionar a necessariamente individualizada violação do dever objetivo de cuidado sobre a qual se assenta a autoria nos crimes culposos. (...)

Por último, cremos que só uma interpretação lisamente causalista do art. 29 do CP pode conduzir à afirmação de incompatibilidade entre o raciocínio aqui exposto e o direito positivo. Uma interpretação menos submetida destrói essa objeção. Nega-se, pois, que nos crimes culposos haja participação, bem como co-autoria (BATISTA, 2008, p. 82-84).

Na mesma linha, encontramos Luiz Regis Prado, para quem “a coautoria exige um elemento subjetivo, ou seja, o ajuste de vontades entre os coautores para a realização do delito”, razão pela qual, segundo o jurista, não se pode estender a modalidade da coautoria para os delitos de culpa. (PRADO, 2013, p. 148).

Luís Greco parece ser contrário à possibilidade, como se extrai de suas palavras:

[...] os delitos culposos, que inicialmente haviam sido entendidos como delitos de dever por Roxin, devem ser regidos pelo conceito unitário de autor, isto é, renunciando-se a uma distinção entre autor e outras formas de participação e igualando, em regra, todas as formas de contribuição causal para o resultado. Essa concepção vem sendo criticada cada vez mais, e a possibilidade, por exemplo, de uma coautoria culposa não é de todo descartada, nem pelo próprio Roxin (GRECO, 2013, p. 6-7).

Juarez Cirino dos Santos, igualmente, não é partidário dessa modalidade. O jurista afirma que:

[...] nos crimes de imprudência, do ponto de vista conceitual, a coautoria é impossível e, do ponto de vista prático, desnecessária, porque na hipótese de comportamentos imprudentes simultâneos cada lesão do dever de cuidado ou do risco permitido fundamenta a atribuição do resultado como autoria colateral independente (SANTOS, 2012, p. 353).

Com efeito, se o dever de cuidado atribuído a cada um integra o tipo culposo, e não qualquer outra categoria delitiva, a coautoria, enquanto espécie de concurso de agentes aos quais se atribui uma unidade típica autônoma, integral, sem os quais seria inviável a realização do crime, não parece ser compatível com tais formas típicas. Com efeito, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que “Torna-se evidente que, porque outro violou o dever de cuidado, não pode ser descartada a tipicidade culposa dos outros participantes que também causem o resultado, apenas fica para ser determinado se também eles violaram o dever de cuidado.” (ZAFFARONI, 2008, p. 442).

Assim, existe considerável divergência, na esteira da doutrina nacional contemporânea dos crimes culposos e do concurso de agentes, a respeito da configuração de coautoria em casos tais. Tem-se que, para tal setor da dogmática, o entendimento mais acertado para essas hipóteses é o da autoria colateral, pois cada agente teria violado, cada qual, o seu próprio e específico dever de agir de um ou de outro modo, bem como de abster-se, inexistindo uma identidade típica, mas condutas tipicamente autônomas.

Efetivamente, se, através da coautoria, igualam-se, no âmbito típico, os praticantes de determinada infração penal, tal instituto não parece ser compatível com os delitos culposos. Afinal, se estes são formados, dentre outros elementos, por um dever de cuidado, o qual não é atribuído de modo geral, irrestrito, mas individualmente, a cada ser humano enquanto sujeito específico, próprio em sua particular existência, o tipo culposo somente se configura graças à violação de cada dever de cuidado, individualmente considerado. Parece extremamente respeitável a posição de que somente pode-se atribuir uma autoria colateral, ante a consistência da tese, baseada nos fundamentos conceituais do crime culposos e da coautoria.

3.2. A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No presente momento, mencionar-se-á a circunstância de que o Supremo Tribunal Federal, infelizmente, ainda não se posicionou, nos tempos atuais, a respeito da matéria objeto do presente estudo. Do lado do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, examinar-se-ão seis decisões a respeito do tópico, mencionando-se os casos fáticos analisados e, principalmente, a base de fundamentação desses acórdãos. O lapso temporal compreende o período entre 1995 e 2013, procurando estabelecer de que modo, nessa linha cronológica, o Tribunal da Cidadania vem tratando a problemática.

3.2.1 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, não tem tratado da possibilidade de coautoria em crimes culposos, possivelmente em razão da atual conformação constitucional das instituições, uma vez que a Constituição da República Federativa atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça o exame precípua do Direito Objetivo Federal, resguardando à Corte Suprema, em casos de recurso extraordinário, a averiguação, tão somente, de ofensas diretas ao diploma constitucional. Ademais, na pesquisa realizada, não foi localizada qualquer ação originária ou *habeas corpus* em que se discutisse essa questão.

Registre-se, nessa senda, que o acórdão mais recente encontrado nessa pesquisa foi o que julgou o RHC 64619, de 06.02.1987, da relatoria do Min. Djaci Falcão, o qual, diga-se de passagem, admitiu a possibilidade de coautoria. Apenas a título ilustrativo, colaciona-se a ementa do *decisum*, a seguir transcrita:

'HABEAS CORPUS'. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA 'PRIMA FACIE' A ENSEJAR A PROVIDENCIA. PRETENSÃO INVIÁVEL PORQUANTO O 'WRIT' NÃO SE PRESTA A EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. MATÉRIA A SER APRECIADA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL REGULAR. PARECER PELO IMPROVIMENTO. EM PRINCÍPIO, E ADMISSÍVEL O CONCURSO DE AGENTES NOS CRIMES CULPOSOS (ART. 29, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. (RHC 64619, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1987, DJ 13-03-1987 PP-03880 EMENT VOL-01452-01 PP-00144)"

Realmente, isso é lamentável, pois uma questão tão interessante e importante quanto essa poderia, muito bem, cair nas mãos dos ministros da mais alta Corte de Justiça do país.

3.2.2 REsp 40.180/MG

O primeiro caso analisado, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, data de 21 de novembro de 1995. Nele, a Sexta Turma do Tribunal da Cidadania examinou situação em que o pai de um menor havia sido denunciado, em coautoria com o filho, pela prática do delito de lesão corporal culposa, ocorrida em virtude de atropelamento ocasionado diretamente pelo menor, quando este conduzia motocicleta tomada em emprestado do pai. O acórdão apresentou a seguinte ementa:

“PENAL. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO. LESÕES CORPORAIS. CO-AUTORIA EM CRIME CULPOSO. ADMISSIBILIDADE. PAI QUE NÃO EXERCE VIGILANCIA CERRADA SOBRE FILHO MENOR QUE ATROPELA TRANSEUNTE: ATIPICIDADE DA CONDUTA. ACONTECIMENTO ILICITO QUE ESTAVA FORA DA ESFERA DA PREVISIBILIDADE DO RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO PELA ALINEA C.
(REsp 40180/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/1995, DJ 11/03/1996, p. 6667)”

O relator do caso, Ministro Vicente Leal, não apenas reconheceu a mansa e pacífica possibilidade de ocorrer coautoria em crimes culposos, como, igualmente, a reconheceu no caso concreto, mantendo a condenação do progenitor como coautor do crime de lesão corporal. Em sua fundamentação, citou diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, colacionados na obra “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, de Alberto Silva Franco, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição.

O Ministro Luiz Vicente Cernichiario, por sua vez, votou pela inépcia da exordial acusatória, afirmando que “se duas pessoas atuam deixando de agir conforme o determinado, uma não concorre para a outra”, constituindo, em realidade, “ações diferentes”. Pode-se ver como este ministro posicionou-se no sentido da posição ainda minoritária no Brasil, enxergando-se, ainda que implicitamente, a concepção de que cada dever de cuidado imposto às

pessoas constitui elemento típico, razão pela qual cada uma praticaria, na verdade, delitos autônomos.

O Ministro Adhemar Maciel, de seu turno, considerou inexistente a previsibilidade objetiva por parte do pai, afastando, a partir daí, a tipicidade de sua conduta, com menção, inclusive, à obra de Hans Welzel e à sua teoria finalista da ação. Contudo, não descartou, ao menos expressamente, a possibilidade da configuração da coautoria culposa.

3.2.3 REsp 69.975/MG

No julgamento do Recurso Especial 69.975, oriundo de Minas Gerais, ocorrido em fins de 1996, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou situação em que o progenitor de um menor sem qualificação para a condução de veículo foi processado juntamente com o filho, pois teria permitido que o mesmo conduzisse seu automóvel, o que veio a causar atropelamento de pessoas. O julgado apresentou a seguinte ementa:

“PENAL. DELITO DO TRANSITO. HOMICIDIO CULPOSO. PAI DO MENOR INABILITADO.
- CULPA CONCORRENTE. NÃO HA DIZER-SE FUNDADA EM SIMPLES PRESUNÇÃO A CULPA DO PAI QUE PERMITE AO MENOR A DIREÇÃO DE SEU AUTOMOVEL, INOBTANTE O CONHECIMENTO DAS REITERADAS INFRAÇÕES DO TRANSITO PRATICADAS POR TAL CONDUTOR QUE AFINAL VEIO A ATROPELAR PEDESTRES, COM RESULTADOS FATAIS.
(REsp 69975/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/1996, DJ 24/03/1997, p. 9041)”

Em sua fundamentação, o Min. Edson Vidigal, no que não foi contrariado pelos demais membros da Corte, afirmou expressamente a possibilidade da configuração de coautoria em crimes culposos, citando diversos precedentes do Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, especificadamente, do STF, o RHC 64.138, de 14.08.1986, e o RHC 55.258, de 12.09.1977. Salta aos olhos a distância temporal entre o julgamento realizado e os acórdãos utilizados na fundamentação decisória.

No caso concreto, o Ministro Relator considerou existente o nexos de causalidade material entre as condutas de pai e filho, mas descartou a ocorrência do nexos de causalidade psicológica entre eles, representada pela

previsibilidade. Para tanto, o julgador utilizou-se, inclusive, do critério do “homem médio”, que vem sendo tão severamente criticado pelos doutrinadores, para demonstrar a impossibilidade de previsão de que, deixando as chaves do veículo automotor ao alcance de qualquer pessoa, o filho poderia tomá-las e trafegar com o mesmo.

Contudo, os Ministros José Dantas e Cid Flaquer Scartezini divergiram, reconhecendo a negligência por parte do progenitor. A possibilidade de coautoria em casos de culpa, assim, e mesmo na visão do Ministro Relator, permaneceu indiscutível para os membros da Corte Superior.

3.2.4 REsp 85.947/MG

Em 30 de maio de 1998, a Sexta Turma do Tribunal da Cidadania voltou a apreciar a matéria, em caso envolvendo novamente o pai que agiu negligentemente, ao deixar as chaves de seu automóvel em cima da geladeira da casa, razão pela qual o filho, menor, as tomou e conduziu o veículo, causando a morte de uma pessoa e lesões corporais em outras três. Veja-se a a ementa da decisão:

“RECURSO ESPECIAL - CO-AUTORIA EM CRIME CULPOSO - FILHO MENOR QUE, SEM AUTORIZAÇÃO DO PAI, RETIRA AS CHAVES DO SEU CARRO, GUARDADAS EM LOCAL CONHECIDO, E CAUSA GRAVE ACIDENTE, MATANDO UMA PESSOA E FERINDO OUTRAS TRES - CONDENAÇÃO DO PROGENITOR, POR NEGLIGENCIA NA GUARDA DAS CHAVES, CONTRIBUINDO, DESSA FORMA, PARA O EVENTO DANOSO - AUSENCIA, CONTUDO, DE NEXO MATERIAL OU PSICOLOGICO ENTRE AS CONDUTAS DE PAI E FILHO.

1. NÃO SE DISCUTE DA POSSIBILIDADE DE CO-AUTORIA EM CRIME CULPOSO. IMPENDE DEMONSTRAR, POREM, A EXISTENCIA DE UM VINCULO MATERIAL OU PSICOLOGICO QUE ENVOLVA A CONDUTA DE UM E OUTRO, SOB PENA DE INCORRER-SE NA REPUDIADA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

2. TAL VINCULO NÃO SE RECONHECE NO FATO DO FILHO, SEM O CONHECIMENTO DO PAI, RETIRAR AS CHAVES DO CARRO DESTA, MESMO COLOCADAS EM LOCAL CONHECIDO, E VIR A PROVOCAR SERIO ACIDENTE, COM FERIMENTOS E MORTE.

3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 85947/MG, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/1998, DJ 04/05/1998, p. 213)”

O relator do acórdão, Ministro Anselmo Santiago, deixou expressamente consignada a possibilidade da conjugação entre os institutos do delito culposos e da coautoria, tomando como base para tal entendimento a obra de Alberto

Silva Franco, aliada a precedente do Supremo Tribunal Federal de 1977, especificamente o RHC 54.321/GO. Na hipótese analisada, contudo, afastou a culpa do progenitor, por entender terem restado ausentes as necessárias conexões materiais e psicológicas entre as ações para a incidência da coautoria. O ministro, observe-se, foi acompanhado sem ressalvas.

3.2.5 REsp 29.149/TO

No julgamento do Recurso Especial n.º 29.149, ocorrido em 01 de setembro de 1998, proveniente de Tocantins, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve-se atrelada à corrente clássica da doutrina e da jurisprudência. Em tal caso, o órgão fracionário analisou uma situação em que funcionário de uma prefeitura do interior de Tocantins, além de permitir que um motorista sem as devidas credenciais conduzisse um veículo automotor, promoveu a superlotação do mesmo. Esses dois fatores, quais sejam, a falta de aptidão técnica do condutor e a superlotação de passageiros, foram a causa de um acidente que resultou em homicídio e lesões corporais.

Veja-se a ementa do acórdão:

“PENAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO E LESÕES CORPORAIS. CO-AUTORIA.

1. Responde pelo crime como co-autor aquele que, recebendo o veículo e motorista inabilitado de uma prefeitura em sua responsabilidade, promove a superlotação do veículo, em transporte irregular, vindo o veículo a capotar em decorrência do excesso de passageiros e a imperícia do motorista, sendo, esses dois fatores, a causa conjunta do sinistro.

2. Recurso provido.

(REsp 29.149/TO, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 28/09/1998, p. 86)” (grifado)

Em sua fundamentação, o Min. Edson Vidigal, demonstrando filiação à teoria monista de autoria, observou que

“o sistema penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes, segundo a qual todos os fatos que concorrem para a eclosão do resultado devem ser considerados como sua causa. Dessa forma, tendo sido o recorrido um dos responsáveis para o implemento daquela, deve ser criminalmente responsabilizado, pois a ele competia o dever objetivo de manter uma quantidade de passageiros compatível com a natureza do veículo.”

Delineado o dever de cuidado objetivo, ressaltou que “tanto a doutrina, quanto a jurisprudência já acolheram a tese da possibilidade de haver co-autoria em crime culposo”, citando como referência a visão de Mirabete, traçada na obra “Manual de Direito Penal”, 6ª ed. 1991, pg. 224. Pode-se perceber, visivelmente, que em momento algum foi mencionada a questão da conexão psicológica entre os autores, os quais, contudo, foram considerados coautores, pela circunstância de terem concorrido causalmente para o evento danoso.

3.2.6 HC 40.474/PR

Mais recentemente, em 06 de dezembro de 2005, no Habeas Corpus 40.474, oriundo do Paraná, a Quinta Turma da Corte Superior analisou a clássica situação em que o pai, negligentemente, entregou as chaves do seu carro para seu filho menor. Prolatado mais de 07 (sete) anos após o julgamento do REsp 29.149, o acórdão do julgamento apresentou a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. DELITO DE TRÂNSITO. CO-AUTORIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O COMPORTAMENTO DO PACIENTE E O EVENTO DANOSO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA.

1. É perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposos, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação. Precedentes desta Corte.

2. Afigura-se inviável, conforme pretende o Impetrante, reconhecer, na via estreita do writ, a ausência, por falta de provas, do nexo causal entre o comportamento culposos do paciente - reconhecido na sentença - ao acidente em questão, uma vez que demandaria, necessariamente, a análise aprofundada do conjunto probatório dos autos.

3. Habeas Corpus denegado.

(HC 40474/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 832)” (grifado)

A fundamentação da Ministra Laurita Vaz, a qual foi seguida à unanimidade, teve o seguinte jaez:

“perfeitamente admissível, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposos, que ocorre quando há um vínculo psicológico na cooperação

consciente de alguém na conduta culposa de outrem. O que não se admite nos tipos culposos, ressalve-se, é a participação.

A corroborar tal entendimento, calha trazer à colação os seguintes excertos doutrinários:

"A doutrina brasileira, à unanimidade, admite a co-autoria em crime culposos, rechaçando, contudo, a participação. Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são co-autores. Nesse aspecto, a concepção brasileira assemelha-se, na essência, com a alemã, ao sustentar que toda contribuição causal a um delito não doloso equivale a produzi-lo, na condição de autor, para os alemães, na de co-autor, para os brasileiros, pois, como dizia Welzel, 'a co-autoria é uma forma independente de autoria...A co-autoria é autoria. Por isso, cada co-autor há de ser autor, isto é, possuir as qualidades pessoais (objetivas e subjetivas) de autor...'. Assim, no exemplo do passageiro que induz o motorista de táxi a dirigir em velocidade excessiva e contribui diretamente para um atropelamento, que para os alemães seria autor, para os espanhóis seria simples partícipe, para a doutrina brasileira seria co-autor." (in Tratado de Direito Penal - Parte Geral, Vol. 1, Cezar Roberto Bitencourt, Ed. Saraiva, 9ª Edição, página 450.)

"É firme na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de concurso de pessoas em crime culposos. Existindo um vínculo psicológico entre duas ou mais pessoas na prática da conduta imprudente, negligente ou imperita, ainda que não em relação ao resultado, concorrem os agentes para o evento lesivo e respondem por ele. Na melhor orientação, porém, só se pode falar em co-autoria e não em participação em crime culposos. Os que colaboram para a ocorrência do resultado estão, sempre, praticando ato de execução culposa, dando causa ao resultado. Essas regras aplicam-se inclusive aos crimes culposos de trânsito, comprovadas as condutas culposas do agente e a previsibilidade do resultado." (in Código Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete, Ed. Atlas, 3ª Edição, páginas 265/266.)"

Pode-se ver, assim, que, já no ano de 2006, o entendimento cediço na Corte Superior permaneceu o mesmo da doutrina ainda majoritária, a despeito da existência de novas direções dogmáticas extremamente respeitáveis, as quais, contudo, sequer foram mencionadas.

3.2.7 HC 235.827/SP

Finalmente, em 03.09.2013, a Quinta Turma do Tribunal da Cidadania voltou a apreciar a matéria, desta feita sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em caso que versou sobre a célebre hipótese em que o pai havia autorizado o filho menor a dirigir seu automóvel. Ainda que, no caso concreto, não tenha sido reconhecida a existência de coautoria, por razões meramente probatórias, uma vez que não comprovado o nexos psicológico crucial para a

configuração do concurso de agentes, ressaltou-se a admissibilidade da configuração desse instituto em crimes culposos. Eis a ementa da decisão:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR EM COAUTORIA. FILHO QUE PEGA O CARRO DO PAI E CAUSA ACIDENTE DE TRÂNSITO COM RESULTADO MORTE. COAUTORIA EM CRIME CULPOSO. POSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL AO PAI. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CONCURSO DE AGENTES. 3. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O PAI PERMITIU A SAÍDA DO FILHO COM O CARRO NA DATA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE APTA A CONFIGURAR O DELITO CULPOSO QUE SE ATRIBUI AO PAI. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMANDO-SE EM PARTE A LIMINAR, PARA RESTABELECER A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, NO QUE CONCERNE AO DELITO DO ART. 302, C/C O ART. 298, I, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A doutrina majoritária admite a coautoria em crime culposos. Para tanto, devem ser preenchidos os requisitos do concurso de agentes: a) pluralidade de agentes, b) relevância causal das várias condutas, c) liame subjetivo entre os agentes e d) identidade de infração penal. In casu, a conduta do pai não teve relevância causal direta para o homicídio culposos na direção de veículo automotor.

Outrossim, não ficou demonstrado o liame subjetivo entre pai e filho no que concerne à imprudência na direção do automóvel, não podendo, por conseguinte, atribuir-se a pai e filho a mesma infração penal praticada pelo filho.

3. Não há qualquer elemento nos autos que demonstre que o pai efetivamente autorizou o filho a pegar as chaves do carro na data dos fatos, ou seja, tem-se apenas ilações e presunções, destituídas de lastro fático e probatório. Ademais, o crime culposos, ainda que praticado em coautoria, exige dos agentes a previsibilidade do resultado. Portanto, não sendo possível, de plano, atestar a conduta do pai de autorizar a saída do filho com o carro, muito menos se pode a ele atribuir a previsibilidade do acidente de trânsito causado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando-se em parte a liminar, apenas para restabelecer a

sentença absolutória, no que concerne ao delito do art. 302, c/c o art. 298, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro. (HC 235.827/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 18/09/2013)” (grifado)

Em sua fundamentação, o Min. Marco Aurélio Bellizze asseverou expressamente a possibilidade de coautoria culposa, mencionando, como aportes doutrinários, os entendimentos de Cezar Roberto Bittencourt, Rogério Greco e Guilherme de Souza Nucci. Veja-se:

“O concurso de agentes pode se dar na forma de coautoria e de participação, que se distinguem em virtude de o partícipe apenas induzir, instigar ou auxiliar materialmente o autor, ou seja, não pratica a conduta típica, mas apenas uma conduta acessória, que não integra o fato típico. De fato, "coautor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 296.). (...) Destaque-se que o liame subjetivo que se exige na coautoria em crime culposos se dirige à prática da conduta, inexistindo no que concerne ao resultado, que nem ao menos é desejado. Assim, aqueles "que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores" (Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 497.) Nos termos do que bem elucida Rogério Greco, "duas pessoas podem, em um ato conjunto, deixar de observar o dever objetivo de cuidado que lhes cabia e, com a união de suas condutas, produzir um resultado lesivo". (Código Penal: comentado. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 101/102).”

Contudo, logo após, o Relator afirmou que “como é cediço, nos delitos culposos, a autoria está atrelada à conduta que infringe o dever de cautela, limitando-se, portanto, àquele que tinha esse dever.”. Aqui, parece que a decisão poderia ter dialogado um pouco mais com a dogmática atual. Se, nos crimes culposos, a autoria limita-se unicamente a quem possuía o dever de cuidado na conduta, como compatibilizar essa autonomia típica com a figura da coautoria, instituto que equipara tipicamente condutas de sujeitos distintos?

Desse modo, pode-se constatar que, durante todo o período constitucional, o Supremo Tribunal Federal não tem tratado a problemática da coautoria culposa, o que, repise-se, é de se lamentar, pois uma matéria como essa certamente mereceria uma revisão por parte da mais alta Corte de Justiça do país. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, manteve, durante todo o lapso temporal compreendido entre 1996 e 2013, o mesmo entendimento

jurisprudencial, a despeito da existência de novos rumos doutrinários, extremamente, repita-se, respeitáveis.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que, no cenário jurídico nacional, permanece vigente a concepção de que a coautoria é perfeitamente incidível em crimes culposos. Com efeito, a maioria da doutrina nacional, respaldada pelos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, especialmente, não enxergam qualquer incompatibilidade entre esses institutos, permeada pela ideia de que o nexó psicológico entre os sujeitos, aliado à prévia relevância causal das condutas, constituem o bastante para a equiparação dos agentes.

Entretanto, convém observar que uma parcela extremamente respeitável do campo doutrinário vem, desde considerável período, rechaçando a possibilidade dessa conjugação. De acordo com tais vozes, as quais, apesar de elevada ressonância no âmbito jurídico, ainda não ecoaram decisivamente na seara sob estudo, a configuração própria e específica do tipo culposos impediria a configuração da coautoria.

Na esteira dessas correntes, o dever de cuidado devido, enquanto elemento do tipo, é atribuível individualmente, a cada ser humano considerado em sua própria essência, de modo que não se poderia atribuir a cada sujeito que violasse seu próprio dever de cuidado uma “tipicidade conjunta”. Assim, o que existiria seria tão somente uma autoria colateral, pois as violações de deveres de cuidado simultaneamente por cada sujeito, em uma mesma situação fática, constituiriam, em realidade, crimes culposos autônomos, peculiares entre si.

Diante disso, o que se pode concluir é que, a despeito da pacífica orientação jurisprudencial das mais altas cortes de justiça do país, bem como da ampla divulgação doutrinária, o tema da coautoria em crimes culposos ainda não se esgotou. Não se está, aqui, a tomar posição ferrenha por alguma das correntes, mas, singela e simplesmente, apontando a necessidade de um exame mais aprofundado entre elas no diálogo dogmático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas*. Direito em Revista – Revista do Curso de Direito da Ulbra São Jerônimo, São Jerônimo, v. 03, n. 01, 2006.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2ª ed. Coimbra Editora, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. et al. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2004.

GRECO, Luís. *O que é o que não é a teoria do domínio do fato – Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*. Revista dos Tribunais Online, vol. 933, p. 61, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 20ª ed. De acordo com a Lei n. 11.923, 11.983, 12.012, 12.015 e 2.033, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Autoria e participação criminal*. 2ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120*. 12ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Comentários ao código penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6ª ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

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

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3ª ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JULGAMENTOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 64.619, Relator Ministro Djaci Falcão, Segunda Turma, Julgamento em 06/02/1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 40.180/MG, Relator Ministro Vicente Leal, Relator p/ acórdão Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, Julgamento em 21/11/1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 69.975/SC, Relator Ministro Edson Vidigal, Relator p/ acórdão Ministro José Dantas, Quinta Turma, Julgamento em 26/11/1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 85.947/MG, Relator Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgamento em 30/03/1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 29.149/TO, Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgamento em 01/09/1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 40.474/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgamento em 06/12/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 235.827/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgamento em 03/09/2013.