

É EXIGÍVEL CONVERGÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO PARA PARTICIPAÇÃO?

IS IT NECESSARY TO CONVERGE OF INTENTIONAL SUBJECTIVELY WITH THE PERPETRATOR TO BE AN ACCOMPLICE?

Victor Américo Alves de Freitas

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Direito pela FEMPERJ.

Graduado em Direito pela UFRRJ. Associado ao IBCCRIM. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3398510906833501>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1436-4369>

vtrfrts@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10277914>

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar a admissibilidade da exigência de dolo duplo para a punição da participação, mesmo que o Código Penal brasileiro não a exija legalmente. Para isso, investiga a homogeneidade ou o princípio da convergência entre os elementos subjetivos, para concluir que deve haver uma radicalização da ideia, aceitando-se apenas participação dolosa em autoria dolosa. Em seguida, examina-se sobre o conteúdo do dolo do partícipe. Tudo isso leva à conclusão de que há boas razões tanto sistemáticas quanto político-criminais para exigir a convergência dolosa.

Palavras-chave: Intervenção delitiva acessória; Dolo; Convergência; Acessoriedade; Homogeneidade.

Abstract: The aim of this article is to investigate the admissibility of the requirement of double intent for the punishment of participation, even though the Brazilian Penal Code does not legally require it. To do this, it investigates the homogeneity or principle of convergence between the subjective elements, to conclude that there should be a radicalization of the idea, accepting only intentional participation in intentional authorship. It then examines the content of the participant's intent. All of this leads to the conclusion that there are good reasons, both systematic and criminal-political, to demand felonious convergence.

Keywords: Criminal participation; Malice; Convergence; Accessoriness; Homogeneity.

1. Introdução

As diversas condutas humanas praticadas diariamente são objeto de interesse do Direito Penal, cujo direcionamento legal é a punição de condutas lesivas ao bem jurídico. Na sistemática da teoria do delito, é a intervenção delitiva que trata das condutas humanas que interferem no núcleo duro protegido pelas normas. Essas condutas humanas são categorizadas quase que de forma unânime pela literatura penal em condutas principais — autoria — e condutas secundárias — participação (Santos, 2012, p. 341-369). De maneira mais específica, outra parcela da literatura penal trata das chamadas ações neutras (Greco, 2004).

Embora a intervenção delitiva seja sistematicamente um tema afeto à tipicidade objetiva, existem consequências importantes na sua relação com a tipicidade subjetiva. O problema que se quer resolver nesta investigação é: exige-se a homogeneidade do elemento subjetivo para configurar a participação criminosa? Uma tal exigência é admissível do ponto de vista sistemático e político-criminal? Qual é a natureza do dolo do partícipe?

Para responder à tarefa será preciso verificar se o Código Penal brasileiro comporta uma interpretação radical da homogeneidade do elemento subjetivo dos intervenientes. Para atingir esse objetivo, será preciso interpretar a norma a partir do fim a que se destina o Direito Penal: a contenção do poder punitivo. Nesse sentido, é imprescindível a utilização da literatura penal nacional e estrangeira, de modo a constatar a *ratio* de cada pensamento sobre a questão para verificar se são adequadas à sistemática penal brasileira e se podem ser aproveitadas.

A hipótese a ser constatada é a de que, caso seja possível interpretar de maneira radical a homogeneidade do elemento subjetivo dos intervenientes, essa interpretação levará à redução do âmbito punitivo no Direito Penal brasileiro, já que estreitaria a possibilidade de habilitação de uma norma de extensão de punição ao partícipe.

2. O princípio da acessoriedade e o conteúdo do dolo do partícipe

Com exceção da conduta do autor — que habilita o tipo penal —, em um modelo de intervenção diferenciador ninguém é punido senão por norma de extensão da punibilidade que, no Código Penal brasileiro, é o art. 31. É ele quem define os contornos punitivos do partícipe. Na perspectiva do critério do domínio do fato, o partícipe é alguém que contribui para o fato típico, mas não domina o fato (Lascano, 2005, p. 538). No critério da violação do dever do partícipe é quem contribui para o fato, mas que não tem o dever especial (Roxin, 2000, p. 385-387).

Ainda que haja diversas classificações da categoria participação,¹ é preciso abordar dois aspectos essenciais sobre a ela: a acessoriedade e o conteúdo do dolo do partícipe. A teoria do delito majoritariamente adota um conceito analítico de crime, com uma clara separação entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (Tavares, 1980, p. 1-3). O injusto é caracterizado após uma dialética entre tipicidade e antijuridicidade (Tavares, 2019, p. 178-179). Didaticamente, cada teoria sobre acessoriedade significa um avançar nos filtros da teoria do delito. Atualmente, é majoritária a punibilidade de uma participação criminosa quando há a formação do injusto penal. Como na sistemática da teoria do delito, a culpabilidade é o momento no qual o legislador avalia a

subjetividade inerente ao ser humano — essa categoria estaria fora do âmbito da caracterização da participação criminosa. Ou seja, não se comunica entre os intervenientes a culpabilidade em razão de ser um elemento eminentemente pessoal. O que se exige é que o fato típico e antijurídico seja comum (Santos, 2012, p. 358-359). Há, entretanto, outras três propostas que aqui se menciona, mas se deixa de abordar em razão do espaço e objetivo. São elas: a acessoriedade mínima, para quem basta a tipicidade comum; a acessoriedade máxima, para quem é preciso fato típico, antijurídico e culpabilidade do autor para que haja participação; e a hiperacessoriedade, que, além dessas exigências da acessoriedade máxima, exige também que o autor seja punível.² Independentemente da teoria que se adote, a realidade é que a conduta é acessória e dependente de uma conduta principal.

O tipo complexo estabelece um primeiro filtro objetivo e, somente após esgotada sua análise, as questões subjetivas do tipo são avaliadas. Sendo a autoria e participação problemas de tipo objetivo,³ não se vê como o dolo pode auxiliar na distinção entre autoria e participação (Martínez Alcañiz, 2012, p. 149-151). Não se está a descartar a importância do elemento subjetivo, mas se está a afirmar que ele não tem espaço para a definição de autoria e participação como categorias, embora seja relevante como premissa do critério do domínio do fato, que somente se aplica aos crimes dolosos (Greco; Leite, 2014, p. 25). Em resumo: não é o dolo quem vai definir se uma pessoa é autora ou partícipe, mas é o dolo quem vai ajudar a determinar a aplicação do critério do domínio do fato.

Dolo, seguindo o que determina o Código Penal brasileiro e a literatura penal majoritária sobre o tema, consiste em consciência e vontade de produzir uma lesão ao bem jurídico, concentrando o domínio do agir na vontade. É, assim, domínio sobre o curso causal dirigido a uma finalidade ilícita (Tavares, 2018). Qual é, entretanto, o dolo do partícipe? Deve ele ter consciência e vontade em relação à consumação do fato principal ou é suficiente consciência e vontade em relação à tentativa?

O ponto nevrálgico do problema entre as duas questões está na hipótese do agente provocador (instigador). Aquele que provoca um terceiro a cometer um crime, mas que tem o objetivo de impedir a consumação, deve ser punido como partícipe? A adoção de um posicionamento ou de outro implica em punir ou não aquele que provoca. Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 361-362) defende que o dolo do instigador tem por objetivo imediato criar a decisão no autor de realizar o injusto e por objetivo mediato a realização do injusto pelo autor. Além disso, para Cirino, se a instigação é realizada por agente provocador que deseja a tentativa apenas ou que quer somente a consumação formal (excluindo a lesão material do bem jurídico), a instigação seria impunível por impossibilidade de lesão ao bem jurídico. José Danilo Tavares Lobato (2010, p. 27), discordando da solução de Cirino, afirma que, se o agente provocador não tomar as devidas precauções e, em razão de amadorismo, o crime acabar se consumando, ele irá consumir o crime, razão pela qual não faria sentido falar em impropriedade absoluta do meio, concluindo que deve-se punir o instigador por ter instigado o autor a consumir um fato típico e antijurídico. O dolo seria, assim, dirigido à indução do autor e não à consumação do fato principal.

Tomando posição no debate, entende-se que o dolo do instigador deve ser direcionado àquilo que Juarez Cirino defendeu: a consumação do injusto do autor. Mesmo que haja a crítica, parece ser sustentável a posição de Cirino. De fato, ainda que formalmente houvesse o tipo penal, não havia a colocação de risco ao bem jurídico. No caso de tráfico de drogas e flagrante preparado, por exemplo, não há hipótese de a droga ser mantida na posse do consumidor (Santos, 2012, p. 361). Além disso, a consumação do crime pelo autor, em razão de o agente provocador não ter tido a cautela necessária para impedir o delito, caracteriza, na verdade, uma culpa. Ele não queria que o evento delitivo acontecesse — o que já impediria a

existência do dolo pela adoção de posicionamento feita — e foi a sua falha em conduzir a situação-problema que foi incapaz de impedir a consumação do crime. Essa questão inaugura já o próximo item: é possível a inexistência de homogeneidade na participação?

3. Exige-se homogeneidade para a participação criminosa? ■■■

Como já se disse, embora o dolo não seja útil na correta categorização das intervenções delitivas, é relevante questionar se se deve exigir homogeneidade para a participação criminosa. E do que se trata tal exigência? A homogeneidade é a obrigatoriedade de que o elemento subjetivo da conduta principal e da conduta acessória sejam equivalentes (Noronha, 1986, p. 208). A questão parece ser pacífica quanto à exigência de homogeneidade; a controvérsia fica por conta de a exigência dessa homogeneidade ser em relação ao dolo. Em outras palavras: admite-se a culpa dupla (conduta principal culposa e participação culposa) ou apenas o dolo duplo (conduta principal dolosa e participação dolosa)?

A divergência surge já na América Latina. Sebastián Soler (1992), na Argentina, defende que a homogeneidade do elemento subjetivo pode ser culposo. Nesse caso, admitiria que alguém, violando um dever objetivo de cuidado, tomasse parte em uma conduta principal também culposa. O professor argentino afirma que é possível, por exemplo, a participação culposa em crime culposos na hipótese em que “[...] *dos amigos resuelven guiar un automóvil a velocidad excesiva y cada uno presta a ello su colaboración*” (Soler, 1992, p. 315).

A literatura penal nacional é bastante afirmativa em admitir coautoria em crimes culposos (Nucci, 2020, p. 302-303). Embora o debate sobre a viabilidade de coautoria em crimes culposos seja relevante, deixa-se de avaliá-la em razão dos estreitos limites do artigo. Por algum tempo, Roxin (2000, p. 743) defendeu que os crimes culposos se resolviam através do critério dos delitos de dever. Entretanto, melhor avaliando a questão, verificou que aos crimes culposos se aplica o conceito extensivo de autor, no qual todos aqueles que contribuíram causalmente para o fato são considerados autores. Nesse modelo, não há a diferenciação entre autores e partícipes (Greco; Leite, 2014, p. 34-35). Ou seja, todos, que a partir da conduta violarem um dever objetivo de cuidado, são categorizados como autores. Além disso, não há acordo comum que fundamente uma autoria conjunta.

Já Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978, p. 636) defendiam que: “do ponto de vista subjetivo, a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem”. Com exceção da liberdade — que tem seu especial espaço na teoria da ação⁽⁴⁾ ou na culpabilidade (Lobato, 2010, p. 25-26) —, exigiam Hungria e Fragoso (1978, p. 636) consciência e vontade. Esses elementos constituem aquilo que se denomina como dolo. Diziam os autores que “[...] dolo é consciência e vontade de realização da conduta típica” (Hungria; Fragoso, 1978, p. 542). Como Hungria e Fragoso exigiam a homogeneidade do elemento subjetivo para a participação e, sob sua óptica, a participação exigia a vontade livre e consciente de cooperação na ação típica de outra, parece bastante claro que os autores defendiam a necessidade do dolo duplo.

A questão é que o nosso Código Penal não exige, legalmente, a homogeneidade de dolo entre as intervenções de autor e partícipe, como o faz por exemplo o Código Penal alemão (Greco, 2004, p. 8). Porém aqui se entende que existem boas razões para sua exigência. Primeiro, em razão da estrutura da acessoriedade; segundo, por razões de política criminal. A participação é em grande medida acessória do tipo — em parte como um ataque acessório ao bem jurídico (Roxin, 2014, p. 207-208) — e por isso depende da conduta principal autoral. Ou seja, o objeto da conduta acessória é o tipo de injusto. Dessa forma, o sujeito que vai contribuir sem o domínio do fato ou sem o dever especial que o tipo exige deve, ao nível da consciência, saber que sua conduta vai violar o tipo penal. É contraditório que, cognitivamente, uma pessoa saiba que cria um risco juridicamente

desaprovado em razão de um manejo equivocado do bem — culpa consciente — e saiba que contribui conscientemente para um tipo objetivo. São conhecimentos diversos. Somente no dolo — inclusive no eventual — é que uma pessoa, em termos cognitivos, sabe que viola um bem jurídico e, em razão disso, orienta suas ações nesse sentido, querendo essa violação conhecida.

Com relação à culpa inconsciente, sua estrutura é incompatível com a acessoriedade exigida para a participação. Isso porque, na culpa consciente, o sujeito sequer tem consciência de que sua conduta chega a violar um dever objetivo de cuidado ou que sua conduta gera um risco desaprovado em razão de manejo equivocado do bem. Se ele sequer tem esse conhecimento, ele sequer expressaria a possibilidade de contribuir para a lesão a um bem jurídico de autor doloso. O que se quer dizer é que, se a conduta do partícipe é acessória do tipo e consiste em uma agressão acessória ao bem jurídico, ele precisa necessariamente ter consciência de que viola acessoriamente esse bem jurídico. Sendo vedada a possibilidade de uma participação culposa em autoria dolosa — por ausência de homogeneidade — e uma participação culposa em autoria culposa — em razão da estrutura que se expôs — restaria, portanto, uma participação dolosa em autoria dolosa.

Em termos de política criminal, acredita-se que a exigência do duplo dolo é bastante necessária para reforçar a contenção do poder punitivo. Portanto, embora não haja essa exigência legal, sua admissão representa a restrição da punição da participação a uma fração de hipóteses: quando houver convergência dolosa entre partícipe e autor. Entende-se que é possível fazer essa interpretação, sobretudo pela omissão legislativa.

4. Conclusão

O artigo buscou debater se, mesmo o Código Penal brasileiro não sendo taxativo com relação à exigência de dolo duplo entre partícipe e autor, é possível uma tal exigência nos moldes do que impõe — legalmente — o §27 do Código Penal alemão. Inicialmente se expôs o que a literatura penal compreende como fundamento da participação criminosa: o princípio da acessoriedade. Nesse aspecto, seguiu-se o que a literatura majoritariamente defende: a acessoriedade limitada, cuja exigência para a punição do partícipe é que a conduta do autor seja injusta.

Ainda que houvesse controvérsia sobre o conteúdo do dolo do partícipe — se deve ter consciência e vontade em relação à consumação do fato principal ou se é suficiente a vontade em relação à tentativa —, tomou-se parte no debate com a colocação de argumentos e consequente adoção de posicionamento em favor da primeira perspectiva.

Em seguida, apresentou-se o que a literatura penal compreende como homogeneidade do elemento subjetivo para a participação, demonstrando que já na América Latina há divergências. Mas que, no Brasil, é tradicional a ideia de que somente se pune a participação se ela for dolosa em crime doloso praticado por autor. Para afastar a ideia de que é possível homogeneidade em relação ao elemento culpa, foram colocados argumentos tanto dogmáticos sobre o critério do domínio do fato e sobre a própria estrutura da consciência sobre a intervenção ao bem jurídico, quanto político-criminais, cujo principal objetivo é a contenção do poder de punir e a restrição da participação às hipóteses de dolo duplo são mais limitantes do *potestas puniendi*.

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

AMÉRICO ALVES DE FREITAS, V. É necessário convergência de elemento subjetivo doloso para participação?. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 32, n. 374, [s.d.]. DOI: 10.5281/zeno-

do.10277914. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/697. Acesso em: 7 dez. 2023.

Notas

- ¹ Cf. Hungria e Fragoso (1978, p. 412 e 636-637). De outra forma, Batista (2005, p. 157). Seguindo uma orientação alemã que distingue apenas entre instigação e cumplicidade, Greco (2004, p. 5-7).
- ² Para aprofundamentos sobre as diversas formas de acessoriedade, ver Roxin (2014, p. 204 *et seq.*). No Brasil, ver Batista (2005, p. 164).
- ³ Especificamente na participação, a moderna doutrina exige, além da causalidade, a imputação objetiva. Cf. Greco (2004, p. 12-15).

- ⁴ Com fundamento em Maurach, Nilo Batista afirma (2005, p. 157) que “a participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem”. Pode parecer que a construção de Nilo Batista é similar à de Hungria e Fragoso (1978), mas é sensivelmente diferente. Enquanto Hungria e Fragoso alocam a liberdade no elemento subjetivo do tipo — no dolo — como vontade livre e consciente, Nilo Batista aloca a liberdade na própria ação.

Referências

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e participação no Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

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

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís *et al.* (Orgs.). *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-46.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, T. II.

LASCANO, Carlos Julio. *Derecho Penal: parte general*. Córdoba: Advocatus, 2005.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Revista de Derecho Penal y Criminología. 3ª época, n. 8, p. 145-194, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Santiago: Thomson Reuters-Civitas, 2014, T II.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 5. ed. 10. reimpr. Buenos Aires: TEA, 1992.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Tirant lo Blanch: Florianópolis, 2018.

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

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Recebido em: 23.08.2023 - Aprovado em: 12.09.2023 - Versão final: 03.10.2023