XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

CAROLINA COSTA FERREIRA

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Costa Ferreira, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-053-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No dia 28 de novembro de 2024, em meio ao XXXI Encontro Nacional do Conpedi, em Brasília-DF, foi reunido o Grupo de Trabalho denominado “Direito penal, processo penal e constituição II”, para congregar parte das apresentações e textos que participaram do evento exibindo investigações e pautas nas áreas atinentes.

Ao longo daquela tarde, discussões extremamente profícuas e trocas de impressões e indagações pautaram os debates, à medida em que pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões e instituições do país ofereciam suas contribuições. Foram feitas discussões alavancadas tanto pelo trio de Coordenadores do Grupo como pelos demais participantes, tornando a tarde dinâmica e produtiva, nos melhores objetivo - e espírito - que o evento tem por missão proporcionar.

Os participantes e a assistência tiveram oportunidade de partilhar dos debates e exibição dos seguintes trabalhos:

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Danielle Campos apresentaram o texto ‘Além do corpo: reflexões sobre a autonomia das mulheres e a lei do aborto no brasil à luz do projeto de lei 1904/24’, que traz uma visão crítica e fundada no marco teórico dos direitos humanos, a respeito das tentativas de alteração da legislação penal referente à nova toada da criminalização do aborto, pelo respectivo projeto de lei discutido no parlamento ao longo deste ano.

Priscila Santos Campêlo Macorin apresentou artigo escrito em coautoria com Diogo Tadeu Dal Agnol e Aline Regina Alves Stangorlini, intitulado ‘A cadeia de custódia nas provas digitais: garantia da autenticidade e o impacto no devido processo legal’, abordando a valoração judicial das provas da modalidade digital, e algumas incongruências relativas à legalidade da cadeia de custódia – pensada muito em função do regramento de coleta e avaliação de vestígios físicos, analisando também jurisprudência pertinente.

Dhouglas Araujo Soares apresentou dois trabalhos de sua autoria: o primeiro, intitulado ‘Concurso de agentes e as formas cada vez mais intrincadas de concorrência para o crime’, onde busca estudar a configuração penal-dogmática da figura do concurso de agentes na literatura respectiva, e o segundo, denominado ‘O poder investigatório do advogado em

processos criminais: uma análise comparativa e constitucional', pugnando pela importância de uma atuação proativa e protegida juridicamente a partir de regramento e direitos assegurados no que diz para com a investigação criminal defensiva.

Anderson Filipini Ribeiro apresentou artigo escrito em coautoria com Diego Prezzi Santos, com o título 'Crimes sexuais no ambiente virtual: um debate necessário' onde discute a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para uma análise de fatores como a possibilidade de violência sexual sem contato físico e outros elementos relativos ao contexto, como também proporcionalidade das penas e a questão do cadastro de consulta pública de réus condenados por esse tipo de infração.

Bárbara Maria Versiani Ribeiro e Veronica Lagassi apresentaram trabalho sob o título 'A importância da investigação defensiva para o processo penal', onde discorrem sobre os elementos de uma prática de paridade de armas entre os investigados e os órgãos persecutórios. A falta de determinação legal da questão problematizada foi comparada com os provimentos e regramentos dispostos na legislação estrangeira, tomando-se os Estados Unidos e a Itália como parâmetro.

Lucas Lima dos Anjos Virtuoso e Sergio Lima dos Anjos Virtuoso apresentaram texto escrito em coautoria com Jonathan Cardoso Régis, chamado 'A (in)constitucionalidade da confissão como requisito para celebração do acordo de não persecução penal', discutindo as tendências jurisprudenciais e propostas de alteração em relação a esse dispositivo obrigatório em meio à mecânica do Acordo de Não-Persecução Penal. Vai discutido o debate que persiste desde a alteração legal de 2019, que tensiona a exigência de uma confissão formal e detalhada para possibilitar a celebração do acordo.

Simone Gomes Leal e Luiz Henrique da Silva Nogueira escreveram o artigo – apresentado pela primeira autora, intitulado 'A utilização da inteligência artificial como meio de prova no reconhecimento facial no processo penal contemporâneo'. O trabalho enfoca uma visão hodierna do processo penal, relacionado com a profusão de novas tecnologias que precisam de um convívio saudável e profícuo com as normativas e fluxos processuais. Há que se pensar uma regulamentação para a inteligência artificial a fim de não afastar seu uso, mas de garantir uma otimização constitucional-legal.

Lenice Kelner apresentou artigo escrito em coautoria com Gabriel Antonio Reinert Azevedo sob o título 'Direito penal do inimigo: a mídia reforçando o punitivismo brasileiro', a respeito da operacionalização da seleção punitiva, tomando por base o conceito já consagrado da teoria do inimigo em meio ao direito criminal. As criações de estereótipos, a discussão

sobre necropolítica, o conceito de um discurso midiático-social do medo como tônica penal foram alguns dos temas destacados.

Caio César Andrade de Almeida apresentou trabalho escrito ao lado de Felipe Monteiro Batista Simões e Daniela Carvalho Almeida Da Costa intitulado ‘Conceito de crime e a preocupação com a estigmatização no âmbito dos estudos sobre justiça restaurativa’. Em uma abordagem também filosófica procura, o trabalho, apresentar vieses e mesmo críticas em relação ao uso de práticas e mecanismos restaurativos em meio à resolução de conflitos penais. Havendo, inclusive, um questionamento sobre a divisão entre conflitividades em âmbito penal e civil, como parte da indagação de pesquisa.

Luana de Miranda Santos apresentou artigo escrito juntamente com Maisa França Teixeira e Vitor Hugo Alves Silva, intitulado ‘A pena como instrumento de prevenção geral positiva e a função simbólica do direito penal’, que discute as urgências e características de um direito penal que se configura cada vez mais como emergencial e cada vez mais imbuído de seu caráter simbólico. O texto debate a questão da tese penal da Prevenção Geral na modalidade positiva, como escopo para esse panorama e como há uma discursividade social que retroalimenta o cenário.

Ericka de Souza Melo e Luana de Miranda Santos apresentaram artigo escrito em coautoria com Maisa França Teixeira, com o título ‘A influência da crença religiosa na vulnerabilidade da vítima à luz dos crimes contra a dignidade sexual e a possível tipificação de estupro de vulnerável’. O texto faz uma declarada provocação sobre uma possível tipificação alterada a partir de um estado de crença religiosa. A discussão gira em torno da questão de que a relação de confiança e fanatismo pela autoridade religiosa pode gerar não uma situação de uma posse sexual mediante fraude, mas, categoricamente, um estupro, nessa modalidade, na proposta, realocada conceitualmente.

Josinaldo Leal De Oliveira e Thyago Cezar apresentaram artigo escrito em coautoria com Dayton Clayton Reis Lima, com o título ‘A proteção penal do consumidor: análise do crime de publicidade enganosa e abusiva à luz do CDC’. O texto dialoga com o Direito do Consumidor procurando uma interface interdisciplinar, a partir de uso de comunicação publicitária, redes sociais e novas tecnologias como um esteio complexo para que se possa pensar a criminalização da conduta de propaganda abusiva desde os conceitos e ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Andre Vecchi Prates Lima e Pedro Felipe Naves Marques Calixto apresentaram artigo escrito juntamente com Henrique Abi-Ackel Torres, sob o título ‘A influência das redes sociais na

prisão preventiva: a segregação cautelar como resposta ao anseio punitivista no meio digital'. O objetivo do trabalho é o de questionar a realidade da prisão preventiva no Brasil, levando em conta seu uso indiscriminado como resposta a influxos discursivos de mais punição. A problemática passa pelo estudo do cenário social e político influenciado pelo clamor desde as redes sociais como fator a ser considerado na análise.

Thiago Bottino apresentou trabalho escrito conjuntamente com Flavia Bahia Martins com o título 'A avaliação de impacto legislativo como instrumento regulatório na produção das leis penais'. O texto enquadra as possibilidades de avaliação de impacto na elaboração legislativa, e faz uma análise e uma comparação das alternativas existentes em razão das várias repercussões possíveis angariadas quando da alteração de lei, de pena e de eventual criação de tipos penais. Sobretudo a temática do custo – em perspectiva – em meio ao impacto dessas alterações, como fator de ponderação.

A partir dessa publicação, esperamos, com toda sinceridade, que os leitores sejam, ao menos em parte, transportados para aquela tarde de ricas discussões, agora, mais do que nunca, com os extratos integrais dos artigos e combustível para mais considerações, ideias, indagações e intercâmbios, dentro dos espectros tão importantes e fundamentais que sustentam o diálogo entre o Direito Penal, o Direito Processual Penal e os ditames constitucionais.

Desejamos uma excelente leitura. Até o(s) próximo(s) encontro(s)!

Gabriel Antinolfi Divan – Universidade de Passo Fundo (UPF)-RS

Carolina Costa Ferreira – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)-DF

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI)-RS

CONCURSO DE AGENTES E AS FORMAS CADA VEZ MAIS INTRINCADAS DE CONCORRÊNCIA PARA O CRIME

AGENT COMPETITION AND THE INCREASINGLY INTRICATE FORMS OF COMPETITION FOR CRIME

Dhouglas Araujo Soares [1]

Resumo

O objetivo do presente trabalho é tratar do concurso de agentes e as formas cada vez mais intrincadas de concorrência para o crime, e, como metodologia, escolheu-se a bibliográfica. Para se configurar autor, deve concorrer para a produção do delito, consumando elementos do tipo. Coautor é quem concorre para a verificação do crime, efetivando parcialmente o tipo, prestando auxílio considerado fundamental, repartindo funções relevantes ao crime. O partícipe é aquele que auxilia, de qualquer outra forma, para a prática de um crime, sem praticar elementos do tipo. A teoria restritiva se fraciona em teoria objetivo-formal (autor é quem, por si, exerce integralmente ou não os procedimentos típicos, e os outros que concorriam para o fato seriam partícipes, indutores ou cúmplices) e teoria objetivo-material (caracteriza as imagens do autor e do partícipe, partindo da maior ou menor colaboração do sujeito na execução da conduta específica).

Palavras-chave: Autoria, Coautor, Criminal, Partícipe, Penal

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper is to address the competition of agents and the increasingly complex forms of participation in a crime, and the bibliographic methodology was chosen as the method. To be considered an author, one must contribute to the production of the crime, consummating elements of the type. A co-author is someone who contributes to the verification of the crime, partially carrying out the type, providing assistance considered fundamental, sharing functions relevant to the crime. A participant is someone who assists, in any other way, in the commission of a crime, without committing elements of the type. The restrictive theory is divided into the objective-formal theory (the author is someone who, by himself, fully or not fully exercises the typical procedures, and the others who contributed to the act would be participants, inducers or accomplices) and the objective-material theory (it characterizes the images of the author and the participant, based on the greater or lesser collaboration of the subject in the execution of the specific conduct).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authorship, Co-author, Criminal, Participant, Criminal

[1] Advogado formado em Direito, pós-graduado em Direito Constitucional e Público, mestrando em Ciências Criminais Forenses, e pós-graduando em Direito da Criança, do Adolescente e Idoso.

1. INTRODUÇÃO

Os crimes de direito penal, no geral, são praticados somente por um agente e com uma só conduta, contudo há crimes que se estabelecem pela ação de dois ou mais agentes e com duas ou mais condutas, são os chamados concursos. Ocorre quando no mínimo duas pessoas concorrem para a prática de um certo crime, que não requer a participação de várias pessoas (crimes plurissubjetivos). É satisfatório que tenham concorrido, de modo intencional, material ou moral, para o efeito do tipo legal, através de ação ou omissão. Para tipificar o concurso de agentes não é necessário que haja ajuste prévio entre os envolvidos na conduta criminosa, isto é, basta a vontade equivalente de culminar em um só alvo.

O concurso de agentes ou concurso de delinquentes (*concursus delinquentium*) e o concurso de crimes ou concurso de delitos (*concursus delictorum*) são complexos e sua relevância na esfera do Direito Penal. Esses tipos de concursos são descritos no código penal arts. 29, 30 e 31 do Código Penal brasileiro.

Segundo o Código Penal de 1940 era estabelecido em seu art. 25, em relação a subscrição "pena da co-autoria" que, quem, em todo o caso, concorresse para o crime incidia nas penas a ele cominadas, buscando assim, solucionar a demanda do concurso de pessoas provindo da teoria da equivalência dos antecedentes adotada para o apuramento do nexo de causalidade, equiparando desta forma, todos os antecedentes causais do crime, sem diferenciar o tratamento entre os diversos integrantes do crime. Já o código penal de 1.969, conhecedor de que a rubrica co-autoria não deveria constituir o concurso eventual de delinquentes, já que é somente uma espécie do gênero "co-delinquência", empregou-se da nomenclatura concurso de agentes, incluindo similarmente deste modo, a participação que é a demais espécie de concurso.

É relevante dizer que são condições do concurso de agentes a existência de mais de um indivíduo para a prática do delito, sendo este o mesmo crime, e a conduta do agente admissível para a ocorrência deste e a figura do nexo psicológico entre os agentes – ou por parte do coautor. É necessário que almejam o objetivo igual, devendo um ter conhecimento do propósito do outro para a configuração do mesmo crime. O Código Penal brasileiro adota a Teoria Monista – para tal quem, de qualquer maneira, concorrer para o crime reflete nas penas a este determinada, na medida de sua culpabilidade. Crime único, todavia. O concurso de agentes poderá ser configurado pela coautoria ou participação. Em concordo com a Teoria Restritiva adotada pelo Código Penal, autor é aquele que efetua o núcleo do tipo penal sendo os restantes coautores ou partícipes.

Nos crimes especiais e nos crimes de mão própria, o problema está na unidade do delito praticado em concurso, já que terão impreterivelmente como autor alguém que tenha os requisitos característicos previstos no tipo, restando ao agente não qualificado (*extraneus*), em razão do disposto no art. 30 do Código Penal, ser partícipe ou co-autor, nos delitos especiais, ou somente partícipe, nos delitos de mão própria.

O objetivo do presente trabalho é tratar do concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro e as formas cada vez mais complexas de concorrência para o crime conforme a teoria restritiva, fazendo-se, para tal, uma pesquisa de metodologia bibliográfica.

2. DO CONCURSO DE PESSOAS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS

O concurso de pessoas, também conhecido como concurso de agentes ou concurso de delinquentes (*concursus delinquentium*) em conjunto com o concurso de crimes ou concurso de delitos (*concursus delictorum*) são intrincados e sua importância no orbe do Direito Penal é extrema. Tais maneiras de concursos são representados nos arts. 29, 30 e 31 do Código Penal brasileiro que dispõe:

> Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.
> § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.
> § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.
> Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.
> Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Mirabete (2007, p. 144) no que tange ao concurso de pessoas afirma que "é a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal".

A doutrina possui diversas definições no que tange ao concurso de pessoas, todavia com uma unidade nesse segmento.

De acordo com Aníbal Bruno (1967, p. 257), o fato punível pode ser obra de um só ou de vários agentes, que se reúnem, seja repartindo entre si as tarefas da empresa criminosa ou cooperando um na obra do outro, para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe a impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento. Fala-se, então, em concurso de pessoas, ou de agentes, participação em sentido amplo, ou co-delinquência.

O conjunto sistêmico de normas, tal como o corpo doutrinário destinados a compreender e disciplinar, no plano jurídico penal, o fato do concurso de agentes, como afirma Esther de Figueiredo Ferraz (1976, p. 131) parece ter sido desenvolvido intentando somente algumas figuras delitivas, tidas como padrão, mostrando-se diversas vezes problemática sobre sua aplicação no que tange a outras espécies de delito, que, mesmo de modo não absoluto, se mostram insubmissas às regras comuns da co-delinquência.

Extrai-se, portanto, quatro elementos básicos do conceito de concurso de pessoas, sendo estes a relevância causal de cada conduta, a pluralidade de agentes e de condutas, o vínculo subjetivo ou normativo entre os indivíduos e a identidade de infração penal.

O conceito de concurso é a pluralidade, por conseguinte não se faz possível proferir em concurso de pessoas sem que haja coletividade (dois ou mais) de agentes e, de modo consequente, de condutas. Constate-se, contudo que é preciso, pelo soberano maior da culpabilidade, ou seja da responsabilização dos indivíduos "na medida de sua culpabilidade", que se distinga o autor do partícipe não sendo bastante a diversidade de agentes e condutas para a configuração do concurso de pessoas; indispensável se faz que dentre as condutas seja viável lobrigar nexo de causalidade entre elas e o resultado. Assim, a conduta de cada autor ou partícipe deve concorrer objetivamente, sob o aspecto causal, para a formação do resultado. Dessa forma as condutas insignificantes para a configuração do delito são ignoradas, não gerando participação, não concorrendo assim para a prática delitiva uma vez que a participação requer mínimo de eficácia causal à consumação da conduta típica criminosa.

É necessária a existência de encadeamento psicológico ou normativo entre os variados agentes, de modo a equipar um conceito de todo, exigindo que o sujeito demonstre, com a sua conduta, consciência e vontade de agir em ação delitiva comum.

No que tange aos delitos culposos, admite-se que alguém possa de forma consciente colaborar para a conduta culposa de outrem, existindo a vontade na realização da conduta, e não na formação do resultado. De modo diferente do concurso de pessoas no crime doloso, o binômio consciência e vontade não está sobre o objetivo de alcançar objetivo criminoso comum, mas sim de efetivar a conduta culposa, manifestada na imprudência, imperícia ou negligência. Sendo por tais motivos de extrema importância diferenciar o vínculo subjetivo, que há no concurso de pessoas em crimes dolosos, do liame normativo, apresentado em virtude dos crimes culposos.

No que concerne à identidade de infração penal, Damásio de Jesus (2009, p. 132) diz tratar-se a "identidade de infração para todos os participantes" não propriamente de um requisito, mas sim de verdadeira "consequência jurídica diante das outras condições". Não é

viável tratar sobre concurso de pessoas se a concorrência criminosa envolve dois ou mais agentes, cada um com sua conduta, relacionados, por vínculo subjetivo, não se reservar à prática de determinada infração penal.

A unidade de infração penal apresenta-se, de acordo com o posicionamento adotado como condição substancial ao concurso de pessoas e como produto lógico-necessário em virtude do concurso de agentes. A infração penal deve ser no mínimo tentada, uma vez que o CP previu de forma expressa, no art. 31, que "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado".

Mediante ao princípio geral da unidade incriminatória (teoria monista), expressamente consagrado no *caput* do art. 29 do CP, tem-se que, ao ser reconhecido o concurso de pessoas, autores e partícipes responderão pelo mesmo tipo penal, fora poucas exceções pluralísticas.

2.1 Culpabilidade

Por não ter sido conceituada pelo Código Penal a inexistência de simplicidade no tratamento da culpabilidade dificulta a conclusão a respeito da responsabilização do agente.

A culpabilidade provém do entendimento de censura pessoal. Da mesma forma afirma Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002) “esse conceito é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”.

Porquanto extensa parte da doutrina alega que o crime, de forma analítica, demanda somente dois elementos, a tipicidade e a antijuridicidade, sendo a culpabilidade apenas uma hipótese de aplicação da pena.

A culpabilidade é uma das concepções mais complexas na esfera do Direito Penal. É incontestável que o instituto, que já passou por grandes mudanças, continue aprimorando sincronicamente ao progresso da vida em coletividade. Em resumo, sobre o instituto da culpabilidade pode-se determinar que, de forma rudimentar, predomina o conceito regimental da culpabilidade, tida como um juízo de crítica que reflete sobre o agente de um fato ilícito, tal que conhecedor da ilicitude, podia atuar de acordo com o direito, mas não o faz. Em segmentação a tal conceito, afloram suas três funções: a culpabilidade como justificativa da pena, como limite da condenação do Estado e como fator de estimativa da penalidade aplicada.

2.2 Distinção entre autores e partícipes

De acordo com Júlio Fabrinni Mirabete (2007, p. 211), um crime pode ser praticado por uma ou várias pessoas. Quando duas ou mais pessoas praticam um delito, estamos diante do concurso de agentes ou concurso de pessoas.

A distinção se encontra no *quantum* de pena a ser atribuído ao autor ou ao partícipe. Tal informação se encontra no art. 29, *caput* do Código Penal que dispõe: "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade." Seguidamente, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo completa: "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço".

Mediante os dispostos observa-se que a ordem jurídica, em concurso de agentes, faz diferenciação entre os indivíduos que agem em apoio mútuo buscando a realização de delito. Esse discernimento se determina mediante da veemência com a qual o sujeito contribuiu para a verificação da figura típica. A consequência dessa distinção é a aplicação da pena. Maior para os autores. Menor para os partícipes.

2.3 Conceitos extensivo e restritivo de autor

De forma geral, a doutrina brasileira explica a autoria sob a óptica de três teorias, quais sejam: uma teoria que expressa um conceito amplo ou extensivo de autor; outra que traz um conceito restrito; por fim, uma teoria que aborda o conceito de autor segundo uma visão funcional.

No conceito amplo de autor, autor é aquele que pratica figura típica do delito, isto é, aquele que pratica do verbo-tipo e, também todo aquele que, com sua atitude, possibilita a ocorre do resultado típico. Por esse conceito, não se faz distinção entre autor e partícipe a fim de aplicar a pena.

Logo, por essa visão, pouco importa a intensidade com a qual o agente tenha contribuído para o resultado, a pena, em abstrato, a ser aplicada aos agentes, em concurso, será a mesma. A formulação desse conceito tem como base um critério material-objetivo, vez que não se leva em conta os aspectos da culpabilidade do agente, mas tão somente os aspectos causais do delito. Assim, havendo um crime e sendo cometido por mais de uma pessoa, todos receberão a pena cominada, pouco importando a intensidade com que contribuíram para a produção do resultado. É preciso ressaltar que a formulação do critério material-objetivo está relacionada com o positivismo jurídico, vez que, a autoria é definida, unicamente, com base na análise da ação e do resultado.

Em contrapartida temos em Ernst von Beling o conceito restrito de autoria, tal qual será considerado autor aquele indivíduo que pratica a conduta típica inscrita na lei (TAVARES; 2009, p.2), isto é, é o indivíduo que efetivamente realiza o verbo do tipo penal.

Tal conceituação sobre autor é tido pela teoria formal-objetiva, que procura firmar a distinção existente entre autor e partícipe e fazendo-a baseando na diferença entre causação e realização do fato.

Nesses aspectos, quem produz a causa do resultado é o partícipe e quem o realiza é o autor do fato. Entre uma conduta e outra é provável firmar um critério de valor de culpa. Assim mede-se a culpabilidade de cada participante do crime possibilitando determinar penas diversas para ambos.

A teoria apresentada é estabelecida no Código Penal, em razão de prever no art. 29, a aplicação de pena na medida da culpabilidade, e em consoante a tal teoria formal-objetiva afirma Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 249) "diferenciar o co-autor do partícipe, propicia ao juiz que aplique a pena conforme o juízo de reprovação social que cada um merece."

Sendo este conceito de grande valoração para a segurança jurídica, contudo podendo ser dispensável em certas ocasiões, considerando-se que ele poderá levar à impunidade.

O conceito restrito de autor, se estabelece na distinção entre causação e efeito daqueles que estão ligados de forma direta ao fato típico. A punição do autor e do partícipe é conclusiva observando a sua atuação no fato típico. Logo, este protótipo não engloba quem esteja afastado do fato típico, contudo ajuda para a sua produção. Dessa forma, não se pode punir quem não se encontra na ação típica.

No conceito funcional de autor há determinadas situações em que um indivíduo não contribui, efetivamente, para a consecução de um resultado típico, embora ele possua o controle fático, isto é, o poder na execução do fato típico. Com intenção de penalizar o ser que possui o controle sobre o fato, a doutrina alemã elaborou o conceito funcional de autor, fundamentada na teoria do domínio do fato.

Assim, tem-se definido os conceitos extensivo e restritivo de autor.

2.4 Classes de autoria

Na doutrina a autoria é classificada em cinco tipos: autoria imediata, autoria mediata, autoria colateral, autoria incerta e autoria desconhecida.

A autoria imediata é a autoria regular. Acontece quando a pessoa, consciente de suas ações, exerce o verbo-tipo. A essa espécie se contrasta a autoria mediata, existida quando o autor faz uso de outro indivíduo para consumar o delito.

Geralmente existe autoria mediata nos casos de coação irresistível, erro, emprego de inimputáveis ou utilizando indivíduos amparados por razões de exclusão da ilicitude.

Diante a tal situação, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002, p. 672) definem autor mediato como sendo aquele que se vale, para cometer o crime, de uma pessoa, que age sem dolo, atipicamente ou acobertado por causa de exclusão ilicitude ou culpabilidade.

Existe a autoria colateral quando duas ou mais pessoas, atuando de forma isolada e por si próprios, incorrem em condutas objetivando ao cometimento do mesmo crime e na mesma situação fática. Distingue-se a autoria colateral da coautoria, vez que nesta há, entre os participantes da tarefa criminosa, o vínculo subjetivo de realizar o crime em conjunto.

O corolário jurídico da autoria colateral e do concurso de agentes é completamente distinto, vez que naquela cada um responderá por seus atos e neste, qualquer participante responderá, na maior parte dos casos, pelo delito em si, na medida de sua culpabilidade, não sendo relevante se nem todos desenvolveram o verbo-tipo.

Ao observar-se a autoria colateral e ficar evidenciado que quem praticou o verbo-tipo foi certo agente e não o outro autor colateral, tem-se a seguinte resultante: o primeiro responderá pelo delito consumado, já o outro pelo delito tentado.

A autoria incerta acontece quando, na ocorrência de autoria colateral, não se for capaz de precisar quem verdadeiramente praticou o verbo tipo. Assim sendo, todos os agentes responderão pelo delito na forma tentada.

Dessa forma definem-se as classes de autoria segundo a doutrina.

2.5 Pluralidade de participantes e de condutas

O sistema jurídico brasileiro aceita o concurso de agente distinguindo autor de partícipe, vez que expressamente segue-se a teoria da autoria restrita e em determinados casos a teoria do domínio do fato, sendo esta uma maneira complementar a outra.

É necessário delimitar no que tange a participação, tendo em vista determinar a distinção entre autor (ou co-autor) e partícipe. Essa distinção é de extrema relevância, uma vez que tal definição é decorrente lógico do princípio ou regra da individualização da pena, disposto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal nos seguintes termos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;

d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;

Autor (ou co-autores), de acordo com algumas teorias, é o personagem principal do fato típico. É aquele que pratica o verbo-tipo ou tem o domínio sobre o fato, já o partícipe é aquele que, sem desenvolver o verbo-tipo, concorre para a elaboração do resultado. Por último, o partícipe oferece ajuda ao autor do crime. Ocorre desta forma a natureza acessória da participação para a concretização do crime.

A participação pode ser de duas categorias: moral e material. Na participação moral o agente sugere ao autor a determinação para a prática do delito. Desta forma, o partícipe acarreta a prática criminosa.

Na participação material ou cumplicidade, o autor recebe da partícipe tutela material, ou seja, uma conduta ativa, assim como o empréstimo de uma arma ou quando alguém proporciona a planta de um banco procurando simplificar o roubo. De acordo com o exemplo mencionado, pode-se dizer que a participação é controlada pela teoria do favorecimento ou da causação, conforme a qual a sua punição advém do fato de ter contribuído para a prática do crime.

Em meio a essa teoria pode-se falar em participação quando o autor, ou autores, começam, na esfera do *iter criminis*, a execução, conjuntura em que o bem jurídico tutelado passa a ser acometido e o fato já se torna punível. Ao não iniciar a execução, não se fala em participação, uma vez que não existe acessoriedade para o crime.

Nesse sentido é a disposição expressa do art. 31 do Código Penal, que exara que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, resguardada disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

A acessoriedade é o conceito indispensável dessa figura do concurso de agentes e ela é expressa pela doutrina em concordo a quatro teorias: teoria da acessoriedade mínima; teoria da acessoriedade limitada; teoria da acessoriedade extrema; teoria da hiperacessoriedade.

A derradeira participação só terá importância caso o autor definir por tal. Se ele cometer o crime sem essa última estimulante, a atuação do segundo instigador não será relevante, assim sendo, fato atípico. Salienta-se que a participação contínua possui parecença com a autoria colateral. O Código Penal no § 2º de seu art. 29 traz uma razão de minoração de pena no que tange ao que a doutrina assentou autodenominar de participação de inferior relevância.

2.6 A punibilidade no concurso de pessoas

Os obstáculos exibidos nos fatos da delinquência coletiva sempre predominaram na individualização da conduta de cada um dos integrantes. Embora em um concurso de pessoas todos ajudem para a obtenção de um resultado geral, as condutas realizadas pelos colaboradores não são consideradas neutrais. Do contrário, não existiria obstáculo aos aplicadores do direito seria apenas equiparar quaisquer integrantes do crime, que se faria justiça.

Para que a justiça seja feita, é indispensável que cada um seja punido na medida certa da sua culpabilidade, isto é, na medida do fato que especificamente coadjuvou para o delito, pois, a culpabilidade só existe até onde o dolo do agente for, de outro modo estariam se entendendo a responsabilidade objetiva excluída do direito penal brasileiro.

Após a reforma penal, tem-se no art. 29 do CP que todos: autores, co-autores e partícipes, incidem nas penas cominadas ao crime praticado, ficando ressalvado no caso destes últimos terem querido praticar crime menos grave, quando então se aplica a pena deste.

É observado que a reforma preservou a teoria monista, porém adotou a teoria restritiva de autor fazendo desta forma a clara diferenciação entre autor e partícipe os quais, independentemente de forma abstrata incidem na mesma pena, no plano da concretização ela sofrerá alterações de acordo com a culpabilidade de cada um.

O dispositivo acima possui importância somente para tipificar a conduta do partícipe, uma vez que, a conduta daquele que envolvem de modo material na execução do crime (co-autor), tipificada na norma incriminadora contrariada. Assim, por ser uma norma de extensão, o art. 29 apenas é imprescindível para a punibilidade do partícipe, pois sem este a sua conduta seria insignificante para o direito penal ou, em derradeira observação, se enquadraria em tipo autônomo, mas não naquele que acatou arbitrariamente.

2.7 Punibilidade e participação

O § 1º do artigo 29 do CP dispõe uma redução arbitrária da pena entre um sexto a um terço, se a participação for de menor relevância, permitindo que doutrina estabeleça o que seria participação de menor importância.

A redação desse artigo faz referência a atuação do partícipe e não do co-autor, posto que este age no fulcro da figura típica, por conseguinte, até então que tenha dado participação menor, participou propriamente na efetivação do delito.

Não deve ser conhecida a participação de menor importância onde a instigação e a cumplicidade foram essenciais para o crime. Sem dúvidas existem situações em que o autor possui a concepção, tem os meios e pouco resta para solucionar. Ocorrem casos em que a deliberação do autor está muito mais afastada e o trabalho do autor deve ser mais extenso,

incessante e até traiçoeiro. Assim a infração é de menor importância, no dizer de Zaffaroni, de uma questão de grau, que o julgador deve estabelecer em cada um dos casos concretos.

3. O CONCURSO DE PESSOAS E O ERRO JURÍDICO PENAL

Possuindo agora o concurso de pessoas como a cooperação praticada por diversos agentes para o acontecimento de uma infração penal que sucede ao se ter a unidade fato e concurso de agentes. Portanto, deve ser necessário ou eventual. Se faz imprescindível nos pressupostos de crimes plurissubjetivos, os quais demandam a figura de dois ou mais sujeitos para sua configuração. Um bom protótipo disso se dá pela quadrilha, pela bigamia, sendo fortuito nos delitos unissubjetivos, os quais são suscetíveis de consumação por um só indivíduo como homicídio e roubo. Foi ampliada a teoria do concurso de pessoas concernente aos crimes de concurso eventual e nessa ocasião se reivindica que quaisquer pessoas sejam atribuídas de culpabilidade, coisa que não possui a imprescindibilidade de verificar-se nos crimes de concurso necessário.

Portanto, a razão de tantos conflitos, está no incidente de não se possuir até agora de forma absolutamente clarificada na doutrina, o real contento da culpabilidade e sua origem jurídica no estudo da organização do crime. A análise da teoria objetivo-subjetiva, ou teoria do domínio do fato, possibilita o claro discernimento entre autor e partícipe do fato delituoso, com possibilidade do Estado compensar aos agentes as penas cominadas, na correta dimensão da sua culpabilidade.

3.1 Coautoria e erro

O estudo do erro de tipo permissivo na visão da teoria normativa íntegra da culpabilidade, concedida sob estímulo da teoria finalista da ação, não mais possui recinto para amoldar e explanar esse tópico. Contudo, na atualidade, já se organiza em uma hodierna concepção de culpabilidade, caracterizada especialmente pelo enredamento de sua ordenação, conjecturando nesta, a comparência do dolo não apenas na conduta, bem como na culpabilidade, concebendo dessa forma, um novo modelo de dolo, o dolo da culpabilidade.

O erro em um conceito estrito tem critério errôneo em uma ilusória ideia de realidade. Não há de se confundir este com a ignorância, que reflete o absentismo completo de todo conhecimento e percepção. Uma vez evidenciada a ignorância em um estado negativo, de modo contraproducente, enquanto o erro demonstra um estado positivo: o agente sabe, mas de maneira enganosa. Independentemente da divergência entre os ideais, desenvolveu na ciência

jurídica a tese unificadora tal que, é apática a diferenciação conceitual existente entre erro e ignorância oferecida a individualidade dos resultados advindos.

É necessário esclarecer que estas denominações não possuem uma correspondência precisa com os anteriores erro de fato e erro de direito. Este pioneiro tópico, que tinha previsão no art. 17 do antigo CP, abandonava o dolo e, consequentemente, a culpabilidade, pois naquele instante, de modo coerente com a Teoria Causal-naturalista de Von Liszt e Beling que motivou o legislador penal naquela data, o dolo estava estabelecido na culpabilidade.

Na ocasião do sujeito cometer um fato e se colocar na descrição legal, se possui o crime, aparecendo então o *ius puniendi* do Estado. Contudo, podem acontecer conjunturas que, se explicitamente conferidas, apresentarão o poder de punir do Estado e entre estas ressalvas localizar-se o erro de tipo, tal que se encontra no art. 20, *caput*, do Código Penal. Acontece que no caso concreto, se o indivíduo não possui absoluta ciência do que está constituindo; o que dirá sobre estar cometendo uma conduta ilícita, tal que por erro, possua crença de ser totalmente lícita.

A definição de erro de tipo e erro de proibição possui origem na teoria finalista da ação. Neste conceito inovador, não há de se admitir os anteriores traços definidores dos organismos do erro de fato e erro de direito, originados no tradicional direito romano. O erro de fato era tido como o erro do agente que reflete nos fundamentos que fazem parte do fato criminoso, de outro modo, a respeito da circunstância que justifica. Portanto, erro de direito é o erro do agente que reflete sobre a obrigação de respeito a norma, desconsiderando a ilicitude de seu comportamento, por não conhecimento ou convicção equivocada no que tange à avaliação da norma impeditiva proibitória.

Na concepção elaborada pelos estudiosos romanos, ressaltava-se de forma clara a confusão que se fazia entre ignorância da lei e erro de proibição, que reflete propriamente na capacidade de consciência da ilicitude. Hodiernamente, a antiga definição romana não tem mais existência. Em conjunto aos progressos dos estudos concernentes às teorias da ação e, por de modo consequente, da culpabilidade, a definição inovadora deu posição a inovadora diferenciação existente entre erro de tipo e erro de proibição.

O erro acidental incide sobre ocorrências acessórias do crime, portanto, não interdita a cognição sobre o caráter ilícito da conduta, o que por resultante coerente não obstaculiza a responsabilidade do agente, que deve arcar pelo crime. O erro sobre o objeto concerne sobre o agente supor estar cometendo a conduta contra o objeto material que almeja, porém por erro acaba impelindo outro, contudo, é acidental e irrelevante, respondendo dessa forma pelo crime.

No erro "*in persona*" o agente mediante sua conduta delituosa procura determinado indivíduo, porém por erro de desempenho, considera ser aquela em que verdadeiramente quer impactar.

De acordo com Damásio de Jesus (2002) o superno erro da doutrina psicológica pura da culpabilidade foi determinar o dolo e a culpa como institutos de uma só variedade, a culpabilidade. O dolo seria a intenção ou assunção do risco de produção do resultado. A culpa seria a ausência dessa intenção ou assunção do risco de produzi-lo. Ou seja, realidades completamente diferentes, contudo, aprisionadas em um único conjunto. Uma vontade e a falta delas em síncrono apenas por um vínculo psicológico existente entre agente e o resultado. Contudo, esta associação não se conclui na culpa, pois sua natureza é literalmente normativa, não existindo ligação subjetiva a ser verificada entre ação culposa e resultado. Seu âmago está na infração do encargo objetivo de cuidado junto à previsibilidade, que devem ser confrontados livremente do componente subjetivo.

Defronte desses posicionamentos, pode-se afirmar que a coautoria é a própria autoria, contudo, conjunta e com justificativa do trabalho de participantes na ação criminosa com a imprescindibilidade do elemento subjetivo.

3.2 Autoria mediata

Pode-se dizer que acontece a autoria mediata quando o agente instrumento (agente imediato ou executor material) opera sem dolo, um clássico exemplo se dá no médico que faz uso da enfermeira mediante injeção para eliminar para ele o delito de homicídio em combate a seu inimigo que está hospitalizado; o homicida usa o carteiro para entregar para a vítima a correspondência contendo algo para eliminar a vida, entre diversas maneiras.

Em quaisquer dessas circunstâncias o único responsável pelo delito é o autor mediato (o agente por trás), uma vez que o executor material age sem possuir entendimento do que realmente se passa, opera sem dolo, por erro ou ignorância (da situação relativa ao fato). Quem estabelece o erro responde por ele (CP, art. 20, § 2º, do CP).

Mas caso o agente imediato (executor) igualmente age com dolo, este responde pelo crime, na forma dolosa (homicídio doloso) e o agente mediato não é *autor mediato* pois nessa situação não participou com domínio sobre arbítrio alheio. Assim, não se refere à co-autoria pois não aconteceu um acordo (expresso ou tácito) de vontades. Se o intermediador não sabia da intenção criminosa do principal, ou seja, não aderiu subjetivamente a essa conduta, uma vez que não existiu pacto antecedente entre eles. Não se fala de *autoria colateral* pois a atuação do médico, ao prescrever a substância fatal, não é punível quando focalizada isoladamente.

Se o agente imediato, que serviu de instrumento, agir com culpa, existe, portanto, autoria mediata. E o autor mediato responde por homicídio doloso, como autor mediato. Não existe espaço para a dúvida que adequa autoria mediata quando o executor age com culpa a problemática existe quando ele atua com dolo, como vimos acima.

Quando o agente instrumento não possui competência de discernimento. Se o agente instrumento atua sob coação moral, onde existe conduta imprescindível do coagido, que pode não responder por nenhuma sanção penal em razão da ausência de culpabilidade (CP, art. 22, coação moral irresistível). O fato realizado mediante coação moral é de responsabilidade do autor mediato.

Na coação física irresistível a vítima não efetiva conduta penalmente importante. Não há que se falar em autoria mediata, mas sim, em autoria imediata (de responsabilidade do coator). Quando o agente instrumento não age tipicamente**,** mesmo que o agente imediato (ou cumpridor) não desenvolva fato típico, é realizável a autoria mediata. Se o agente instrumento opera em concordo com o Direito (justificadamente), um protótipo é: "X", dolosamente, aponta para a polícia como autor de uma crime pessoa inocente. O indivíduo apontado vem a ser preso em flagrante. A polícia age conforme o Direito (estrito cumprimento de dever legal). Quem responde pelo delito em desfavor à liberdade da vítima é o autor mediato tal que se utilizou da polícia para cometer o crime para ele.

Quando o agente imediato, que é o mecanismo, atua inserido na organização de poder, em obediência hierárquica. O superior é autor mediato e responde pelo homicídio. Assim, o autor imediato também responde pelo crime, pois se lidava com ordem claramente ilegal. Apesar de ter atuado com dolo, em detrimento da estrutura de poder não existe afastamento do domínio do agente mediato sobre a vontade do executor, dessa forma não fica descartada a autoria mediata.

A doutrina majoritária se dispõe no seguimento de que já se encontra tentativa a partir do momento em que inicia a atuação do agente mediato sobre o agente instrumento.

Portanto, de acordo com a preponderante doutrina, autoria pode ser individual se o autor individualmente pratica todas as fases do fato típico; pode ser mediata se o autor a pratica fazendo uso de outro sujeito como mecanismo; pode ser coletiva ou em maneira de coautoria se diversos autores concomitantemente efetuam todas as peculiaridades do fato típico; pode acontecer, ainda que diferentemente em modo de autoria colateral, quando inúmeros autores, sem que um conheça dos outros, exerce idêntica figura típica. Portanto, não é somente o que

realiza propriamente a execução ou omissão típica, porém quem conquista o feito por meio de indivíduo que age sem culpabilidade.

Em suma, o autor mediato é a pessoa que efetua a conduta típica por intermédio de outrem. As possibilidades mais comuns ocorrem pelo erro, da coação irresistível e da utilização de inimputáveis para a consumação do crime.

3.3 Participação e erro

É falado em participação, em significado estrito, como a atividade secundária daquele que ajuda para a conduta do autor com a prática de uma atitude que, por si só, não é penalmente importante. Essa conduta apenas passa a ser relevante quando o autor, ou coautores, começam no mínimo a execução do crime. A participação é a mediação em um fato absorto, conjectura, a subsistência de um autor elementar. O partícipe não atua a conduta exposta no tipo penal, porém pratica uma ação acessória que ajuda, estimula ou beneficia a efetivação da conduta. O partícipe não realiza a conduta descrita pela cláusula primária da norma, contudo atua de forma a contribuir para a consumação do delito. É, portanto, um dos pressupostos de conjuntura de subordinação desenvolvida, prevista na lei, que transforma em relevante toda maneira de concurso, que torna em típica uma conduta atípica. Existe na participação uma colaboração causal, apesar de que não completamente substancial, ao delito e igualmente a vontade de colaborar na conduta do autor ou co-autores, por conseguinte, são diversos os modos de participação.

Assim, forma-se uma contribuição que não possui caráter de injusto próprio, considerando, o conteúdo indevido do fato principal. Tal subordinação se dá em virtude da teoria da acessoriedade limitada da participação, isto é, a participação, por ser secundária e acessória, para que conquista magnitude jurídica é imprescindível que o autor ou coautores, no mínimo, comecem a execução da infração penal, de outro modo a conduta do partícipe não é cometida pela norma de extensão do artigo 29 do CP.

A participação de menor importância é prevista no art. 29, §1°, do Código Penal que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.”. Concerne o dispositivo unicamente ao partícipe, e não ao co-autor, mesmo que a colaboração deste tenha sido mínima. No que relaciona à diminuição de pena prevista, discordam a doutrina e jurisprudência em julgá-la optativa ou obrigatória. Quanto maior a cooperação, menor será a redução.

A tentativa de participação está prevista no art. 31 do Código Penal onde o acordo, a delimitação ou instigação e o auxílio, com exceção da determinação em contrário, não são puníveis, se o crime não chega a ser tentado. Já a participação por auxílio e favorecimento real tem diferença da a participação por auxílio e o crime de favorecimento real está no instante da prestação do auxílio material. Na primeira, o auxílio é prestado anteriormente da conduta delituosa; no segundo posteriormente.

Cúmplice é quem auxilia para o crime prestando ajuda ao autor ou partícipe, manifestando-se a conduta por um procedimento ativo, não se exclui, portanto, a cumplicidade por omissão nos pressupostos em que o indivíduo tem a função jurídica de safar-se da decorrência.

É substancial que permaneça o conhecimento da circunstância de índole individual do parceiro do delito, uma vez que, contrariamente, não se poderá favorecer do dispositivo do art. 30/CP. Dessa forma, se um indivíduo não possui conhecimento que está prestando ajuda a um funcionário público para se amoldar de bem móvel pertencente ao Estado (art. 132,§1º), responderá por furto.

3.4 Consumação e tentativa

A prática de um crime é a prática de um delineamento engendrado na cabeça do criminoso, no decorrer que existe somente um projeto não se pode considerar o agente como punível.

A punição nas condições da pena cominada em cada tipo penal apenas pode ser aplicada se o agente efetuou de forma completa a conduta, gerando o resultado que possui previsão no tipo e, dessa forma, consumando o crime. Se o agente não realizar inteiramente a conduta, isto é, não produzir o resultado previsto no tipo, podem acontecer a tentativa ou a desistência voluntária, na hipótese do resultado deixar de ser executado após a efetuação total da conduta, haverá arrependimento eficaz. Posterior ao resultado gerado, a reparação do dano configura arrependimento subsecutivo. Se não existir verossimilhança de produção do resultado, o caso é de crime impossível. *Iter criminis* é o composto das fases nas quais se desenvolve o projeto criminoso.

Segundo o art. 14, II, do CP, “diz-se o crime (...) tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. A tentativa é uma circunstância de extensão da abrangência do tipo penal, uma vez que concebe a punição do agente cuja conduta não se harmoniza à descrição legal, porque a efetua de modo incompleto.

Com base na definição legal, são listados os elementos da tentativa a seguir:

> a) dolo: o agente deve ter a intenção de causar o resultado previsto no tipo penal;
> b) início da execução: como visto, a preparação é penalmente indiferente, a não ser que esteja prevista como tipo autônomo;
> c) ausência do resultado previsto no tipo penal: caso o resultado ocorra, o crime é consumado;
> d) existência de circunstâncias alheias à vontade do agente: a consumação não pode ter sido evitada pela vontade do agente, mas por fatores externos a ela. (MOREIRA, 2006, p. 04)

As seguintes teorias procuraram respaldar a punição da tentativa:

> a) Subjetiva, voluntarística ou monista: o agente deve ser punido em razão de sua intenção criminosa, mesmo que não chegue a iniciar a execução do crime;
> b) Objetiva, realística ou dualista: somente há tentativa quando existe efetivo risco de lesão ao bem jurídico protegido, ou seja, quando o agente inicia a execução. É a teoria adotada no art. 14, II, do CP;
> c) Subjetivo-objetiva (teoria da impressão): a vontade criminosa é avaliada conjuntamente com o risco que a conduta implica ao bem jurídico protegido; e
> d) Sintomática: o fundamento da punição é o risco que o agente representa para a sociedade, ou seja, a sua periculosidade. Assim, mesmo que não haja nenhum risco para o bem jurídico, o agente pode ser punido. (MOREIRA, 2006, p. 05)

Desistência voluntária é a pausa da execução do crime em consequência do arbítrio do agente, não é preciso que a desistência seja voluntária, basta que sua vontade seja espontaneamente exercida.

O arrependimento posterior ocasiona diminuição de um a dois terços da pena, onde o agente, nos crimes efetuados sem violência ou grave ameaça, livremente devolve a coisa ou repara o dano ocasionado anteriormente ao recebimento da denúncia ou da queixa. Diferentemente da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, o arrependimento posterior acontece permanentemente após a consumação do crime. O delito não se efetua mediante circunstâncias indiferentes à vontade do agente, a pena será diminuída de 1/3 a 2/3.

É relevante mencionar que não admitem tentativa as contravenções penais, crimes habituais, crimes unissubsistentes, crimes omissivos próprios, crimes culposos, crimes dolosos eventuais e crimes preterdolosos.

3.6 Cooperação dolosamente distinta ou desvios subjetivos entre os participantes

A doutrina contemporânea julga que a participação é secundária de um fato principal, o que pode transformar-se, nos casos de instigação ou induzimento que o resultado produzido pelo autor seja diferente daquele planejado e desejado pelo partícipe. De fato, o crime consumado pelo autor elementar não é o mesmo que o partícipe consentiu, portanto, o âmago do elemento subjetivo do partícipe é distinto do crime praticado.

Para legitimar os casos de cooperação dolosa distinta ou os casos de desvio subjetivo de condutas, o legislador ao editar a Parte Geral do CP afirmou no § 2.º do art. 29 que “se algum

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

Como visto, o desvio subjetivo de condutas tem agora abordagem adequada e digna. Independentemente da manifesta decifração nos casos de participação dolosa distinta, a reforma mostrou uma verdadeira questão controversa nas situações de participação em crimes com dolo no antecedente e culpa no posterior, isto é, nos crimes preterdolosos, como no caso da lesão corporal seguida de morte.

O disparate é apresentado por Damásio de Jesus (2009, p. 91). De acordo com o autor, aquele pela disposição da parte especial, com intenção de produzir lesões corporais, acaba causando a morte, mesmo não a querendo, respondendo pelo delito de lesões corporais seguido de morte. Já o partícipe, nesse mesmo caso, segundo a norma, responderá pelo delito de lesões corporais. Caso o crime mais delicado for previsível sua pena será acrescentada até a metade. O fato de que o autor ou co-autor do crime receber uma pena mínima de quatro anos e, o partícipe, três meses de detenção, que, no caso de ser aumentado da metade, chegaria a quatro meses e meio demonstra o absurdo da problemática.

É concluído, portanto, que a reforma possuiu tratamento digno ao partícipe nas hipóteses de cooperação dolosa diferente quando o resultado distinto for doloso, concebeu, dessa forma, um contra-senso nas situações de participação dolosa dissemelhante em crimes preterdolosos, uma vez que o partícipe fica quase impune.

4. CONCLUSÃO

O erro originou e evoluiu concomitante com o conhecimento penal. O direito penal permanentemente está a empenhar-se por maneiras progressivamente capazes em direção a elaborar e melhorar a responsabilidade criminal. A responsabilidade objetiva não se depara distante na narrativa do direito penal, e até nos dias que correm, tem-se características evidentes de sua existência no código. O erro reflete e retrata o desconhecimento ou o entendimento de inverídico.

Em concordância com o exposto, tem-se três teorias no elemento do concurso de agentes, nomeadamente a teoria monista, dualista e pluralística. No ordenamento jurídico nacional, é predominante a implicação da teoria monista, onde qualquer agente que colabora para a elaboração de uma consequência típica, o causa em sua totalidade. O artigo 29, do Código Penal, determina que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Assim, o julgamento vem da teoria da equidade dos requisitos imprescindíveis à realização do corolário, onde qualquer indivíduo que auxilia

para a composição do crime o ocasiona em plenitude. Na teoria monista tem-se uma amplificação do princípio da igualdade, pois se o crime é compreendido como tentado para um coautor, não deve outrem responsabilizar-se por crime consumado. Qualquer um que concorre para um único crime deve passar a ter acolhimento democrata relativamente à classificação jurídica desse acontecimento.

Uma das mais relevantes explicações de desentendimento e debates na esfera jurídica no significado de autoria pode diferenciar em conformidade com o pensamento interpelado em determinado lugar, para o Direito Penal, autor é aquele que exerce a ação manifesta no tipo penal. É predominante a compreensão doutrinária e jurisprudencial de que a autoria não se circunscreve exclusivamente a quem realiza de modo característico e direto o crime.

Junto das abundantes identificações da doutrina para autoria, tem-se que a autoria individual acontece em que momento o autor particularmente exerce todas os passos do delito; a autoria mediata quando o autor efetua um crime fazendo uso de outro indivíduo como mecanismo; autoria coletiva ou em formato de coautoria se diversos agentes concomitantemente realizam as qualidades do delito; colateral na qual muitos autores, sem que um conheça dos demais, efetiva a equivalente conduta típica; autoria incerta quando na autoria colateral, não tem conhecimento de quem foi o responsável pela resultância; e, em conclusão, autoria desconhecida ou ignorada, caso não se pode constatar quem consumou a ação no tipo penal.

A teoria do erro, obrigou a organização do delito buscar novas análises com intenção de extinguir uma incumbência sem culpa do direito penal atual. Tal investigação se remete na busca de parâmetros mais dignos e entendíveis, na finalidade de propagar à coletividade a proteção e paz indispensáveis a seu progresso.

A teoria utilizada pelo Código Penal é a Teoria Restritiva do autor, onde se determina o que é autor e partícipe, concluindo como critério diferencial a prática ou não de elementos do tipo.

O Direito Penal procura um desenvolvimento progressivo com destino a penitenciar o indivíduo não unicamente pela consequência de sua conduta, no entanto, pelo seu propósito de efetuá-la. Este intuito já retrata uma grande evolução significativa no crescimento como corpo social, e para alcançar essa pretensão em totalidade, é imprescindível possuir a sabedoria da intelectualidade do homem pois, a justiça, muitas vezes esta ascendente as capacidades. O indivíduo apenas seria capaz de alcançar integridade de justiça se diferenciasse e estudasse uma imensidão de princípios psíquicos e físicos que intercederiam de um modo ou de outro no comportamento criminoso.

REFERÊNCIAS

BRUNO, A. **Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ, E.F. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

JESUS, D.E. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, J.F. **Processo Penal**, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, A.M. **Consumação e tentativa**. Brasília, jul. 2006.

NUCCI, G.S. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, J. **Autoria e participação**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf. Acesso em: 30 jul. 2024.

ZAFFARONI, E.R; PIERANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro.** Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.