

## 1. Direito Penal

# Co-autoria em delitos culposos?

Humberto Souza Santos

Mestrando em Ciências Penais pela Universidade Cândido  
Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal  
do Rio de Janeiro. Advogado-RJ.

**Sumário:** 1. A sustentação da co-autoria culposa pela doutrina majoritária brasileira – 2. O posicionamento contrário à co-autoria culposa – 3. Os elementos estruturais da co-autoria culposa: 3.1 Acordo comum; 3.2 Criação de risco não permitido através de um comportamento praticado em razão do acordo comum; 3.3 Incremento de risco; 3.4 Co-autoria culposa, alcance do tipo e fim de proteção da norma – 4. Bibliografia.

**Resumo:** Trata-se das principais idéias que levaram à elaboração do trabalho *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, no qual procuro ordenar uma linha de raciocínio que consiga solucionar o problema da co-autoria culposa. A intenção é proporcionar ao leitor um primeiro contato capaz de fazê-lo refletir e também tentar destrinchar os meandros dessa problemática. Na primeira parte apresento uma breve análise crítica da sustentação da co-autoria em delitos culposos pela doutrina brasileira. Na segunda parte procuro examinar os argumentos da corrente que nega a existência da co-autoria culposa e também demonstrar suas principais falhas. Por fim, na terceira parte busco desenvolver minhas idéias e construir a co-autoria culposa a partir de três elementos que entendo serem fundamentais para sua existência e, ainda que de forma sucinta, explico como

sua análise deve ser equilibrada sobre os princípios do fim de proteção da norma de cuidado e do alcance do tipo penal.

**Palavras-chave:** Co-autoria; delito culposo; imputação objetiva; concurso de agentes.

## 1. A sustentação da co-autoria culposa pela doutrina majoritária brasileira

Ao longo de sua história, a doutrina majoritária brasileira sempre aceitou, sem maiores problemas, a possibilidade de co-autoria em delitos culposos. Um questionamento maior apenas começou a tomar corpo a partir de trabalhos produzidos nas décadas de 1980 e 1990, responsáveis por sustentar que a teoria da autoria única culposa solucionaria de uma forma mais coerente com o sistema dogmático-penal os problemas da concorrência de diversas pessoas no fato culposo. Entretanto, embora essa corrente tenha obtido respeitáveis adeptos<sup>1</sup> e trazido ao

1. BATISTA considera que a aceitação do concurso de agentes nos delitos culposos está eivada por um equívoco básico de raciocínio não redimido nem mesmo pela circunstância de ser defendida por importantes juristas e pelos tribunais. Este equívoco seria buscar na proximidade física de condutas desatentas ao dever objetivo de cuidado, algo absolutamente irrelevante para o direito penal, e na pura concausalidade, situação penalmente insuficiente, um traço de união fictício e enganoso. Segundo sua opinião, haveria como fracionar o domínio do fato que fundamenta a autoria nos delitos dolosos de ação; até mesmo com submissão ao critério formal-objetivo, haveria a possibilidade de pensar no fracionamento da execução da conduta típica; entretanto, não existiria a possibilidade de fracionar a violação do dever objetivo de cuidado sobre a qual se dirige a autoria nos crimes culposos. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, 1979, p. 62. HEITOR COSTA JÚNIOR concorda com BATISTA a respeito da falta de espaço lógico para o concurso de agentes nos crimes imprudentes. O seu entendimento pressupõe que a existência da co-autoria estaria sujeita a duas exigências que não se apresentam em um delito culposo: a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução através da divisão do trabalho. Dessa forma, todo aquele que viola o dever de cuidado exigível seria penalmente responsabilizado de forma autônoma, por crime culposo, na forma da autoria colateral. HEITOR COSTA JÚNIOR. *Teoria dos delitos culposos*, 1988, p. 111 a 114. PRADO não admite a possibilidade da co-autoria em delitos culposos, pois, conforme entende, o tipo de injusto culposo só se perfaz com o desvalor da ação e o desvalor do resultado e a co-autoria, por sua vez, exige um elemento subjetivo, o ajuste de vontades entre os co-autores para a realização do delito. Dessa forma, não se poderia admitir a co-autoria nos crimes culposos, já que o resultado não foi querido. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*:

## Co-autoria em delitos culposos?

tema uma influência alemã que estranhamente estava distante na história brasileira dessa discussão, ainda não ocorreu uma consolidação semelhante à força demonstrada pela corrente majoritária ao longo do século XX. A situação, atualmente, é de um certo equilíbrio entre essas correntes opostas no plano doutrinário, mas, os tribunais continuam admitindo em sua grande maioria a existência da co-autoria culposa.<sup>2</sup>

O argumento maior que tenta justificar a existência de co-autoria nos delitos culposos de acordo com a construção da corrente majoritária brasileira é a *vontade consciente dirigida à ação comum*, defendida por HUNGRIA,<sup>3</sup> BRUNO,<sup>4</sup> NORONHA,<sup>5</sup>

*parte geral*, 1999, p. 268. Na opinião de CIRINO DOS SANTOS a co-autoria é definida pelo domínio comum do fato típico mediante divisão do trabalho entre os co-autores. Esta definição poderia ser analisada sobre dois aspectos: objetivamente, seria a realização comum do fato típico mediante contribuições parciais necessárias para a existência do fato como um todo e, portanto, de domínio do fato típico; subjetivamente, seria a decisão comum de realizar fato típico determinado, que fundamenta a responsabilidade de cada co-autor pelo fato típico comum integral, o que excluiria a possibilidade de co-autoria em crimes de imprudência e surgiria apenas a possibilidade de autoria colateral independente. A convergência objetiva e subjetiva dos co-autores exprimiria acordo de vontades, expresso ou tácito, para realizar fato típico determinado. A co-autoria imprudente seria, então, do ponto de vista conceitual, 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 fundamentaria a atribuição do resultado como autoria colateral independente. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 286.

2. SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 1.

3. HUNGRIA defende que nos delitos culposos basta a vontade consciente referida à ação comum sem que o resultado tenha sido querido e admite a existência de atividades simultâneas ou sucessivas, desde que estejam subjetivamente coordenadas ou que uma saiba que contribui para a outra, ainda no caso de encontrarem-se subjetivamente independentes ou sem coordenação de vontades, bastando para isso que a atividade culposa subsequente ou imediata seja previsível. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, 1949, p. 558 e 559.

4. BRUNO explica que a co-autoria nos crimes culposos seria resultado da situação ou comportamento dos agentes, cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros. A vontade, neste caso, estaria dirigida tão somente à conduta imprudente. BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, v. 2, 1959, p. 277.

5. NORONHA considera que na culpa existe a vontade da ação causal e, excepcionalmente, do resultado. Se a ação causativa for voluntária será compreendida, então, a possibilidade da co-autoria. Bastaria pensar que existe culpa com resultado querido (culpa por extensão ou assimilação), que na culpa há consciência do concurso na ação (na hipótese de dois operários atirando a tábua à

sado e estaciona para uma troca de posições. No decorrer dessa etapa da viagem, o antigo passageiro, agora motorista, também dirige imprudentemente o automóvel, enquanto que o antigo motorista, atual passageiro, é quem dorme no banco de passageiros. Acontece, então, um acidente/atropelamento com resultado fatal devido à conduta culposa. Seria adequado atribuir aos dois a co-autoria pelo delito? Não parece muito correto incriminar alguém que estava apenas dormindo, na condição de passageiro, no momento do fato. Porém, é preciso admitir que existiu uma vontade consciente no que se refere a ação comum (viajar a Porto Alegre), realizada de maneira imprudente (condução perigosa praticada pelos dois) e, de acordo com o raciocínio levantado por essa corrente, deveria haver sim a co-autoria culposa e não apenas atribuir autoria ao motorista no momento do acidente. O que se percebe, e nesse sentido têm razão BATISTA, é que esse entendimento busca um laço de união absolutamente fictício para sustentar a co-autoria. Entretanto, esse raciocínio tornou-se amplamente majoritário nos tribunais e foi utilizado para solucionar a imensa maioria dos diversos casos concretos apresentados em mais de meio século.

## 2. O posicionamento contrário à co-autoria culposa

A possibilidade de co-autoria nos crimes culposos constitui uma das maiores polêmicas da dogmática penal científica porque nunca ficou bem claro, em todas as discussões já realizadas, qual seria sua estrutura. Essa falta de precisão gerou e gera, ainda, uma grande insegurança em relação à certeza de sua existência, principalmente devido às inúmeras dúvidas que a ausência de determinadas características específicas da co-autoria dolosa ocasiona no momento de sua aplicação. Como modo de extinguir tais dúvidas, a tradicional doutrina majoritária alemã adotou, desde o início do século XX, a chamada teoria da *autoria colateral*, *autoria única culposa* ou *autoria paralela* que procura solucionar o problema por meio de um posicionamento radical: *simplesmente não existiria co-autoria em crimes culposos*, mas autoria

## Co-autoria em delitos culposos?

colateral para cada pessoa envolvida no fato punível. Cada agente envolvido seria um autor independente dos demais, cada comportamento seria uma prática culposa paralela. Esse pensamento sustenta que faltariam aos crimes culposos diversos requisitos necessários para configurar o instituto da co-autoria.<sup>13</sup>

13. Assim, para MAURACH, o agente de um crime culposos age inconscientemente com limitada e insuficiente capacidade de direção. Acredita alcançar unicamente sua meta neutra para o tipo, devido ao seu erro sobre o processo causal, como ocorreria em todo delito culposos, quando, em verdade, causa o resultado típico. Carece a ele aquela característica que, em contraste ao antigo conceito restritivo de autor, exclusivamente referido a realização do tipo, deve ser considerada como o elemento constitutivo da autoria do fato doloso: o domínio objetivo do ato. MAURACH explica que o autor culposos será sempre autor único sem atender aos restantes fatores humanos cooperadores. Será tratado como se apenas ele tivesse causado o resultado. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, vol. 2, 1963, p. 308. O instituto da co-autoria estaria, dessa forma, limitado aos crimes dolosos, pois, para ele, a co-autoria é um cooperar querido, consciente e com divisão do trabalho, de vários autores para a consecução do mesmo fato típico. MAURACH, *Tratado...*, 1963, p. 330 e 331.

JESCHECK descarta a existência da co-autoria nos delitos culposos por falta de resolução comum. Ele explica que na cooperação culposa de diversas pessoas, cada uma deve ser considerada autora paralela e suas diversas contribuições devem ser analisadas de forma separada em relação ao conteúdo culposos. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, 1993, p. 617. Conforme seu raciocínio, na hipótese em que várias pessoas produzem conjuntamente o resultado típico, sem estarem vinculadas por uma resolução comum para realizar o fato, existe autoria paralela. Tal autoria paralela, para ele, é rara nos crimes dolosos, mas freqüente nos culposos, pois a cooperação imprudente de vários constitui um fenômeno cotidiano, na qual não cabe co-autoria. JESCHECK, *Tratado...*, 1993, p. 619.

STRATENWERTH defende que será autor todo aquele que produzir o resultado superando a medida aceitável do risco que a ele é cognoscível por entender inaplicável no âmbito da culpa o critério do domínio do fato vinculado com a direção final. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, 1982, p. 337. Falta, conforme sua explicação, o compartilhamento do domínio do fato entre todos, ou seja, não há como nos fatos dolosos um domínio do fato nas mãos de um sujeito coletivo, no qual o co-autor individual participa unicamente como membro deste sujeito coletivo. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 247.

Não se parte da ótica da realização, finalmente dirigida, do resultado jurídico-penalmente relevante, mas sim da causação evitável de um risco não permitido (STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 337), o que também dificulta o aparecimento de duas características básicas da co-autoria: a decisão comum e a realização em comum (divisão de trabalho) desta decisão. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 1982, p. 247.

SAUER entende que a cooperação na co-autoria deve realizar-se dolosamente, ou seja, a co-autoria seria uma cooperação consciente e querida de vários ao resultado típico em que cada um quer realizar o fato com a cooperação dos outros. Há uma execução comum consciente, uma comunidade criminal com fim e meios análogos, que não existe nos delitos imprudentes por sua própria natureza involuntária. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*, 1956, p. 324.

É possível observar que as censuras feitas por esse posicionamento realizam-se na medida em que se propõe uma comparação com a co-autoria dolosa. Ao utilizar-se a autoria dolosa como modelo de uma autoria culposa claramente faltarão inúmeros conceitos aplicados ao dolo que não poderão ser aplicados à culpa. Domínio do fato, divisão de trabalho, cooperação consciente e querida para o resultado típico, são critérios aplicáveis apenas aos delitos dolosos, onde há verdadeira realização de um plano criminoso, algo inexistente nos empreendimentos culposos. Por isso, numa tentativa de transmutar critérios relativos ao dolo para a culpa surgirão, obviamente, tais incompatibilidades. O raciocínio utilizado é o mesmo que se teria no caso de defender-se a inexistência dos crimes culposos porque nestes não são encontradas consciência e vontade de praticar os elementos do tipo. Tal lógica comparativa além de mostrar-se errônea já em sua premissa, também não demonstra progresso em seus principais argumentos.<sup>14</sup>

Em relação à afirmação de que *a cada violação de cuidado existe um crime culposos*, é possível verificar que ela induz ao erro porque é levantada a partir de uma visão incompleta dos delitos culposos. O crime culposos exige para sua formação a criação de um risco não permitido e a realização deste risco no resultado. Caso o risco criado não seja desaprovado pelo direito, a criação de risco será insignificante (praticar boxe, competir em corridas oficiais de automóvel) se esse risco não permitido não se realizar no resultado também não haverá delito culposos (deixar cair uma tábua de cima de um prédio em que esta simplesmente chega ao

WELZEL acredita que a co-autoria deve estar fundamentada no princípio da divisão de trabalho, o que torna impossível seu surgimento nos crimes culposos. De acordo com sua explicação, cada co-autor irá complementar com sua parte no fato a dos demais na totalidade do delito segundo suas qualidades pessoais de portador da decisão comum ao fato. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1997, p. 129.

Assim, somente será possível estabelecer essa divisão de trabalho nos delitos dolosos, pois para sua realização é preciso o roteiro pré-estabelecido, algo inexistente nos delitos culposos por não haver previsibilidade do resultado.

14. Com maior profundidade SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 3, item 2.

## Co-autoria em delitos culposos?

chão sem nenhuma consequência).<sup>15</sup> Assim, é *incompleto* afirmar que basta violar um dever de cuidado para se tornar autor culposo, pois existe a necessidade de analisar se os elementos da imputação objetiva estão presentes para determinar se o sujeito é autor ou não, além da verificação, no âmbito da realização do risco no resultado, a incidência ou não do fim de proteção da norma. Além disso, entre a criação do risco e a realização do risco no resultado poderá existir o incremento do risco e fundamentar a classificação a título de co-autoria de acordo com o raciocínio exposto adiante. Dessa forma, não é sustentável o argumento de que basta violar o dever de cuidado para tornar-se automaticamente autor único culposo.

A alegação que *não há domínio do fato* ignora a estrutura existente nos delitos dolosos e culposos e perde consistência na medida em que se observa que se uma simples autoria culposa *não exige* domínio do fato, não há porque exigir numa co-autoria culposa. Ademais, também *não se exige* domínio do fato tanto nos *delitos dolosos de infração de dever* quanto nos de *mão própria* e nem por isso a co-autoria nesses crimes deixa de estar presente.<sup>16</sup>

Também não merece prosperar a afirmação que *não há divisão de trabalho*. A divisão de trabalho é uma característica *do* domínio funcional do fato e isso já acarreta algumas afirmações fundamentais para não se exigir divisão de trabalho nos delitos culposos. É preciso empreender a seguinte análise: nos delitos de domínio com autoria única dolosa exige-se domínio da ação<sup>17</sup> enquanto que nos delitos com autoria única culposa tal não pode ser exigido; da mesma forma, nos

15. Com exceção dos crimes de perigo.

16. Nos delitos de infração de dever a co-autoria aparece como violação em conjunto de um dever especial. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 570. Nos delitos de própria mão, cada vez mais raros, em sua maioria despenalizados, haverá co-autoria se o tipo exigir que para a configuração do delito estejam dois sujeitos vinculados a determinado comportamento mesmo que este não chegue a lesionar bens jurídicos (exemplo: adultério, homossexualidade, incesto). ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 754.

17. Nos delitos de domínio com autoria única dolosa caracterizada na forma de autoria mediata exige-se o domínio da vontade, seja em virtude de coação, erro ou maquinarias de poder organizadas. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 570.

delitos de domínio com co-autoria dolosa exige-se o domínio funcional do fato e, pelo mesmo raciocínio, nos delitos com co-autoria culposa tal *não poderá ser exigido*. Além disso, a divisão de tarefas é uma característica que, como ressaltado acima, apenas está presente nos delitos dolosos de domínio e não é exigível, para a formação da co-autoria, nem nos delitos dolosos de infração de dever especial e nem nos de comissão por própria mão,<sup>18</sup> logo, se esta é *apenas exigida para uma parte dos delitos dolosos*, com maior razão *não pode ser exigida para delitos culposos*. Assim, torna-se reconhecível o erro em afirmar que não é possível a co-autoria culposa por falta de divisão de trabalho. Por fim, há outros motivos para ser afastada a exigência de uma divisão de tarefas: embora não haja na co-autoria culposa tarefas divididas e executadas por cada co-autor na procura de realizar o projeto criminoso, há o *incremento de risco*,<sup>19</sup> constituído pelo risco criado por cada co-autor e que possui exatamente a mesma função e efeito da divisão de trabalho: *tornar mais segura a realização do resultado típico*. Na comissão conjunta dolosa, os intervenientes dividem as tarefas para que possam atingir com maior segurança o fato típico, isto é a chamada divisão de trabalho. Para isso eles necessitam possuir consciência e vontade de praticar os elementos descritos no tipo penal. No delito culposo não há como dividir tarefas em busca de uma realização típica, assim é porque os intervenientes não possuem consciência nem vontade de praticar os elementos do tipo, os intervenientes apenas criam um risco não permitido, pois é nisto que se fundamenta a realização típica culposa. Logo, ao invés de *práticas dirigidas aos elementos do tipo (dolo)* ter-se-ão *criações de risco*, e a contribuição de cada interveniente para a realização típica conjunta. No lugar de execução de tarefas em busca de tornar segura a realização típica (dolo), haverá criações de risco que se incrementam e tornam também mais segura a realização típica (culpa). Tudo ocorrerá de acordo com a própria estrutura de cada delito (doloso

18. ROXIN, *Autoría y domínio del hecho...*, 2000, p. 741.

19. Que, como será apresentado adiante, constitui um de seus elementos fundamentais.

## Co-autoria em delitos culposos?

ou culposo). Então, não é importante o fato de existir ou não divisão de trabalho nos delitos culposos, já que esta é plenamente substituível pelo incremento de risco, elemento fundamental da co-autoria culposa.

Enfim, o argumento que *não há decisão comum para o fato* ignora abertamente as estruturas que diferenciam os delitos dolosos e culposos. Nos delitos dolosos por autoria única existe uma *decisão individual: realizar o fato típico* (matar, roubar etc). Nos delitos culposos por autoria única também existe uma *decisão individual: realizar qualquer fato da vida* (viajar, operar, etc). Serão a criação de um risco não permitido e a realização deste risco no resultado advindo do comportamento praticado pelo sujeito na procura desse fato da vida que infringirão o tipo penal. Nos delitos dolosos por co-autoria existe uma *decisão comum* (expressada sob a forma de acordo comum): *realizar o fato típico*.<sup>20</sup> Nos delitos culposos por co-autoria também existe uma *decisão comum* (expressada, também, sob a forma de um acordo comum): *realizar qualquer fato da vida*. Será a criação de risco não permitido e a realização deste risco no resultado, conforme as características que serão vistas adiante, que infringirão o tipo penal. Existe sim decisão comum nos delitos culposos, apenas não se trata da elaboração de um plano criminoso em busca de uma realização típica porque não se trata de crime doloso. Será, como acontece em todo delito culposo, a decisão de realizar qualquer fato da vida. A maneira como será posta em prática esta decisão é o que irá configurar a existência de um delito imprudente.

Além de suas falhas,<sup>21</sup> a teoria da autoria colateral tem demonstrado incapacidade para solucionar problemas advindos de delitos culposos com importância

20. Nos delitos de domínio através de um domínio do fato funcional (caracterizado por divisão de trabalho), nos delitos de infração de dever pela violação comum de um dever comum, nos delitos de própria mão através da vinculação ao comportamento descrito no tipo e da satisfação das exigências requeridas por este, mesmo que não haja lesão ao bem jurídico, como ressaltado anteriormente.

21. Ver com maiores detalhes SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 3, item 2.

e freqüência cada vez maiores no mundo contemporâneo, o que fez com que, nos últimos dez anos, a admissibilidade da existência de co-autoria imprudente tenha se tornado uma tendência que parece irreversível na Europa.<sup>22</sup>

### 3. Os elementos estruturais da co-autoria culposa

A procura por elementos subjetivos capazes de moldurar a co-autoria culposa sempre foi o principal obstáculo à verificação de sua figura, já que constitui um impedimento lógico imaginar que em delitos cuja existência, em sua grande maioria, ocorre num plano puramente objetivo<sup>23</sup> pudesse ser encontrada alguma forma de liame subjetivo tal qual nas hipóteses de co-autoria dolosa. Em verdade, não se deve mesmo empreender uma busca a conceitos subjetivos capazes de justificar a imputação recíproca deste tipo de crime, os elementos de uma possível co-autoria culposa apenas podem ser observados, sob pena de fundamentá-la em constatações insuficientes e não raro fictícias, a partir de *aspectos objetivos*.

#### 3.1 Acordo comum

Apenas uma doutrina minoritária representada por JAKOBS,<sup>24</sup> LESCH,<sup>25</sup> DERKSEN,<sup>26</sup> v. DANWITZ,<sup>27</sup> prescinde do acordo comum por desenvolver uma teoria fundamentada numa visão meramente *quantitativa* da distinção entre autor e partícipe, próxima ao sistema unitário de autor, de forma a rechaçar a existência de uma diferença qualitativa entre as formas de autoria e participação que

22. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, 2000, p. 741. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad...*, 2001, p. 207.

23. As exceções são os casos de culpa consciente.

24. JAKOBS, Günter. *Derecho penal parte general*, 1997, p. 747.

25. LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1997, p. 87 e 88.

26. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 243.

27. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 245.

## Co-autoria em delitos culposos?

não obedeça aos critérios quantitativos. A diferenciação entre a contribuição do co-autor e a do partícipe não é obtida através da descrição típica incriminadora; apenas a conduta do executor imediato é que será apreendida em primeiro lugar pela descrição típica. Posteriormente, e desde que se cumpram as específicas regras de imputação, tal diferenciação expande-se aos demais intervenientes de modo que todos respondem de forma autônoma e encontram o fundamento de sua responsabilidade em sua própria contribuição ao acontecimento delitivo, que aparece configurado como uma obra conjunta de todos os participantes no mesmo. A valoração da contribuição individual é produzida apenas no momento da determinação da pena.<sup>28</sup> Dessa forma, observado este sistema sob a ótica de uma diferenciação qualitativa, o co-autor seria, em verdade, um partícipe ou um autor acessório qualificado em função da importância quantitativa de sua contribuição. Ademais, seriam encontradas com freqüência situações em que a co-autoria se desenvolveria apenas entre um e outro interveniente e não em relação a todos.

É evidente, então, que a dispensabilidade do acordo comum, defendida pela corrente que sustenta esta visão quantitativa, representa uma séria descaracterização da co-autoria com graves conseqüências à sua função de imputação recíproca a todos os intervenientes pelo fato delitivo. No contexto de formação da co-autoria, o acordo comum justamente permite explicar e dar sentido a possibilidade estrutural de *realizar um fato delitivo conjuntamente entre diversos sujeitos*, de forma que todos possam ser qualificados como co-autores e receber a mesma pena caso se tratasse de um autor individual.<sup>29</sup> O co-autor não pode ser considerado um partícipe qualquer, já que, em verdade, é precisamente um autor que comete seu próprio fato delitivo, com a peculiaridade de que o realiza conjuntamente com outros, que também são co-autores. Deve haver na co-autoria uma *unidade valorativa* das diferentes contribuições dos co-autores, dotando-a de um sentido

28. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 262.

29. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 261.

de globalidade que vá mais adiante da valoração separada da atuação individual e que permita levar a cabo uma imputação recíproca das distintas contribuições ao fato delitivo e que, conseqüentemente, exista uma *responsabilidade pelo acontecimento global*.<sup>30</sup> Por isso, existe uma diferença *qualitativa* entre o co-autor e o resto dos partícipes e não uma distinção baseada em critérios meramente quantitativos, já que, se assim fosse, melhor seria extinguir o instituto da co-autoria por falta de utilidade dogmática. Dessa forma, o acordo comum constitui-se no primeiro elemento da co-autoria, um instituto *qualitativamente diverso da mera participação*.<sup>31</sup>

Passada a discussão a respeito da dispensabilidade do acordo comum na estrutura da co-autoria é necessário distinguir se sua natureza é subjetiva ou objetiva. A melhor posição, ao que parece, é compreendê-la como um elemento *objetivo* da co-autoria, pois o acordo comum deve ser enfrentado, em realidade, como uma série de atos de comunicação que se produzem no mundo exterior e que não se limitam à esfera interna de cada um dos sujeitos.<sup>32</sup> Estes *atos comunicativos externos* devem traduzir um objetivo ou decisão comum a todos os sujeitos, pois configuram o primeiro vínculo de afinidade, capaz de demonstrar, a princípio, o envolvimento objetivo dos intervenientes num determinado fato e corresponder a um fator limitativo da imputação recíproca, o que impede a interferência de cursos hipotéticos causais na justa responsabilização pelo fato criminoso; expressar que todos se comportarão em busca deste objetivo, já que confirma a importância da decisão ou do objetivo, torna mais próximo o início do processo de realização da decisão ou objetivo e deixam potencialmente conscientes todos os envolvidos; além de alcançar cada possível interveniente, porque o acesso de todos aos atos comunicativos é indispensável para a integração plena ao acordo comum. Não existe a

30. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 261.

31. Ver SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.

32. No mesmo sentido entende DENCKER, conforme GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 137.

## Co-autoria em delitos culposos?

obrigatoriedade de um rígido plano de atuação comum, em que os papéis desenvolvidos por cada um dos sujeitos, assim como que suas respectivas condutas já estejam definidas dentro deste projeto.<sup>33</sup> Suficiente será, repita-se, a *exteriorização* de um objetivo ou decisão comum, a devida *expressão* de que todos conduzir-se-ão em razão deste objetivo ou decisão e o alcance destes atos comunicativos a cada um dos sujeitos. O *acordo comum* será, então, *uma comunicação exterior que conduzirá os sujeitos a se comportarem em razão dela*.<sup>34</sup>

### 3.2. Criação de risco não permitido através de um comportamento praticado em razão do acordo comum

Criar um risco permitido ou proibido significa observar ou não normas de cuidado estabelecidas para fixar os limites dentro dos quais a criação de riscos será permitida para o exercício de uma atividade. *O risco permitido é exatamente aquele proveniente de comportamentos tolerados apesar de arriscados*. Quando o comportamento cria um risco maior que o permitido, verificável a partir do momento em que sua periculosidade *ex ante* infringe as normas de cuidado estabelecidas e torna-se maior que a periculosidade que, também *ex ante*, seria derivada de uma conduta diligente, a conduta passa a entrar no âmbito do juridicamente desaprovado. O critério de risco permitido permite delimitar desde o início quais ações poderão configurar um delito culposo, já que a reprovação jurídica passa a ser reconhecida nas *infrações às regras necessárias para que as condutas sociais arriscadas transcorram com um mínimo de segurança* existentes nos mais diversos âmbitos da vida, como no tráfego, na medicina, na construção etc, cujo sentido é fixar a medida do risco permitido.<sup>35</sup> A

33. Neste ponto discorda DENCKER por entender o acordo comum como um projeto de atuação de natureza meramente intelectual que serve para coordenar as ações de uma pluralidade de sujeitos. De acordo com o exposto por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, 2001, p. 137.

34. Tal idéia é exposta com maior profundidade em SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.

35. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general, el hecho punible*, 1982, p. 325.

função maior dessas normas jurídicas é evitar a produção de um resultado e, por isso, na hipótese em que o resultado produzido esteja por demais afastado, sem que fosse realizado o perigo que a norma pretendia prevenir, não haverá como proceder a imputação por delito culposos.<sup>36</sup> A não observância dessas regras de comportamento constituirá, sem dúvida, um indício de criação de um risco proibido, porém, não necessariamente o fundamentará, pois o que é arriscado em abstrato pode não ser arriscado no caso concreto. Melhor explicando, nem a infração por si só fundamenta a reprovação por culpa e nem esta reprovação será excluída forçosamente mediante o respeito aos preceitos de cuidado. A previsibilidade de realização de um resultado dependerá sempre das circunstâncias do caso concreto e deve ser examinado com independência se ocorreu ou não uma infração sancionável.<sup>37</sup>

Para que a criação do risco não permitido configure o segundo elemento da co-autoria culposa, é preciso que ocorra *através de um comportamento praticado em razão do acordo comum*. O agente faz parte de um acordo comum com outros sujeitos e, para cumprir a decisão estabelecida, para alcançar o objetivo ajustado, enfim, para tornar realidade o objeto da convenção, comporta-se de modo arriscado a um bem jurídico. Esse risco criado por sua conduta ultrapassa o limite do tolerado pelo direito, rompe a barreira de proteção definida pelas normas jurídicas e, em razão disso, passa de permitido para proibido. Na mesma hipótese, os outros componentes do acordo também criam um perigo juridicamente desaprovado para o mesmo bem jurídico. Note-se que não é necessário que as condutas praticadas pelos componentes do acordo sejam idênticas, bastam que sejam voltadas para o mesmo bem jurídico. Aquele que não criar um risco não permitido ao bem jurídico não poderá ser imputado como co-autor do crime culposos e estará fora do âmbito de responsabilização ainda que tenha participado do acordo co-

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 1002.

ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 1001 e 1002.

## Co-autoria em delitos culposos?

num. Caso esta criação de risco juridicamente desaprovada não tenha acontecido devido a um comportamento praticado em função do acordo comum faltará o necessário liame objetivo para colocá-lo no mesmo curso causal e, conseqüentemente, fundamento lógico para a construção da co-autoria.<sup>38</sup>

Duas importantes funções podem ser atribuídas a esse segundo elemento. Uma lógica: *fornecer a ligação entre o acordo comum e a desproteção sofrida pelo bem jurídico*, já que por ter sido a conduta praticada em razão de seu objeto, torna-se possível verificar a influência de sua existência na formação do crime culposo. Outra limitativa: *impedir que cursos causais aleatórios possam justificar a co-autoria através de cadeias infinitas de ligação, envolvimento fictício entre pessoas desconhecidas, resultados embasados em simples causalidade e demais formas de confundir sua justa aplicação.*

### 3.3 *Incremento de risco*

Desenvolvida por ROXIN no início da década de 1960, a teoria do incremento de risco tem recebido muitos adeptos assim como numerosas críticas. O seu pensamento busca fundamentar-se no *princípio da igualdade* a partir do argumento que uma ação que não rebaixa o risco permitido, que não incrementa o perigo de produção do resultado, deve ser julgada, neste sentido, da mesma forma que uma conduta não proibida.<sup>39</sup> Para sua verificação, conforme explica ROXIN, é necessário que seja examinado qual comportamento não poderia ser imputado ao agente de acordo com os princípios do risco permitido, depois, deve-se compará-lo com a forma de atuar do sujeito, e comprovar, então, se na configuração dos fatos submetidos a julgamento, a conduta incorreta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permiti-

38. Assim, com maiores detalhes, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.2.

39. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, 1993, p. 259.

direito, concorrendo um incremento de risco se terá plasmado um risco proibido em um *resultado lesivo típico*.<sup>47</sup>

O incremento de risco, ocasionado pelos riscos não permitidos criados a partir de um comportamento praticado em função do acordo comum, conduz à construção do *risco conjunto*, cuja realização no resultado será imputada a título de co-autoria aos intervenientes. O risco conjunto é o risco não permitido criado por todos, em comissão conjunta, quando os *riscos juridicamente desaprovados criados por cada conduta individual na busca da realização do acordo comum incrementam-se de modo a tornar mais seguro o advento da lesão ao bem jurídico*. Essa lesão, o resultado típico, é responsabilidade de todos como co-autores, pois o risco conjunto é um risco criado por todos. Dessa forma, fica satisfeita a possibilidade de *co-autoria em delitos culposos*.<sup>48</sup>

### 3.4 *Co-autoria culposa, alcance do tipo e fim de proteção da norma*

O *fim de proteção da norma de cuidado*, ou seja, o *fim de proteção da norma extra-penal*, deve ser analisado no âmbito da *realização* do risco não permitido.<sup>49</sup> Já o *alcance do tipo*, que são as hipóteses em que o fim de proteção da *norma penal* (a proibição de matar, danificar, causar lesões etc) não abrange de antemão determinadas condutas e conseqüências, possui sua análise realizada no plano da criação do risco. Tais hipóteses, conforme ROXIN, seriam a *cooperação em uma auto-colocação em perigo dolosa*, em que se coopera com ações em que terceiros se colocam, por escolha própria, em perigo; a *consentida colocação em perigo através de um terceiro*, em que não é a própria pessoa quem se coloca dolosamente em perigo,

47. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 381. Maiores detalhes SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

48. Para uma melhor compreensão e uma visão mais completa SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*, 2004, Capítulo 4, item 1.3.

49. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 378.

## Co-autoria em delitos culposos?

mas se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência do risco; a atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio, em que os resultados cuja evitação cai no âmbito de responsabilidade de outra pessoa.<sup>50</sup> Para ROXIN, o alcance do tipo constituiria um terceiro nível de imputação no sistema da imputação objetiva.<sup>51</sup> Entretanto, a segregação do alcance do tipo numa categoria autônoma é criticável sob o argumento que os problemas tratados neste âmbito em nada diferem dos casos analisados no campo da criação do risco juridicamente desaprovado, de modo que não há justificativa para que sejam segregados numa categoria autônoma.<sup>52</sup> Assim, GRECO, JAKOBS, FRISCH e PUPPE preferem analisar as hipóteses em que a própria vítima ou terceiros contribuem para o resultado típico no plano da criação de risco e desconsideram a existência de um terceiro nível de imputação além da criação do risco e da realização deste no resultado.<sup>53</sup> A crítica procede, pois realmente não há razões para considerar o alcance do tipo como uma categoria autônoma de imputação, mas sim para aceitá-lo como um importante princípio limitador da atribuição de um risco criado a um sujeito.

De acordo com a hipótese de *autoria colateral* ou de *co-autoria culposa* esses princípios levarão a análises e conclusões diferentes. Na autoria colateral existem autorias paralelas e, por isso, riscos isolados que se realizam isoladamente no resultado. A análise da incidência do alcance do tipo deverá ser feita isoladamente no plano da criação do risco não permitido e, também de uma forma isolada, no âmbito da realização de cada risco criado, ainda que exista o incremento do risco, que poderá, na hipótese de realização de todos os riscos, no máximo atribuir autoria colateral mas nunca co-autoria aos intervenientes. Na co-autoria culposa existem riscos não permitidos criados em razão de um acordo comum e

50. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 378.

51. ROXIN, *Derecho penal...*, 1997, p. 387 a 402.

52. GRECO, Luís. *A teoria da imputação objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, 2002, p. 117 e 118.

53. GRECO, *A teoria...* In: ROXIN, *Funcionalismo...*, 2002, p. 117.

que, através do incremento de risco, transformam-se num risco conjunto, criado por todos os riscos, suficiente para atribuir a co-autoria aos sujeitos. A análise do alcance do tipo ocorrerá no plano da criação de risco por cada sujeito de forma isolada, entretanto, o fim de proteção da norma de cuidado incidirá sobre o risco conjunto, cuja responsabilidade é de todos os co-autores, sem que importe a realização de cada risco criado individualmente, pois a partir do incremento do risco, a construção da co-autoria tornou todos responsáveis pela realização no resultado do risco conjunto.<sup>54</sup>

#### 4. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juares. *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

DE MARSICO, Alfredo. *Diritto penale, parte generale*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, São Paulo: Editor José Bushatskey, 1976.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal: parte geral*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense: 1980.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, São Paulo: Editor José Bushatskey, 1976.

GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*, in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, São Paulo: 2000.

54. Assim, SOUZA SANTOS, *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*, 2004, Cap. 4, item 2.

## Co-autoria em delitos culposos?

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, volume 1, 2ª edição, tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares Editorial, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, volume 1, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal*, volume 1, 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.
- LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, tradução de Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles, Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do direito penal*, Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, volume 2, tradução de Juan Cordoba Roda, Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa – Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1959.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale, reato e conseguenze giuridiche*, volume 2, Torino: G. Giappicheli Editore, 1993.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*, tradução da 7ª edição alemã de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

- \_\_\_\_\_. *Derecho penal, parte general*, volume 1, tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La evolución de la política criminal, el derecho y el proceso penal*; tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*, 2ª edição; tradução de Ana Paula Natscheradetz, Lisboa: Vega Editora, 1993.
- SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*, tradução de Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956.
- SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposos e imputação objetiva*, Barueri-SP: Manole, 2004.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, volume 1, tradução da 2ª edição alemã de Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 4ª edição, tradução de Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.