

GABRIELA SCHIRMER

Concurso de pessoas.
Imputação e vínculo subjetivo na coautoria

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

O livro de *Gabriela Schirmer*, fruto de sua tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, preenche, com brilho próprio, verdadeira lacuna do Direito Penal brasileiro.

Apesar dos valiosos estudos nacionais sobre as formas de autoria e de participação surgidos recentemente, os fundamentos e os limites da *coautoria* eram, até aqui, pouco explorados. Havia um nada justificado tom de obviedade que rondava essa forma específica de realizar tipos penais. A problemática “imputação recíproca” – bem vistas as coisas, outro nome para responsabilidade penal por comportamento de terceiros –, decorrente da afirmação da coautoria, foi naturalizada. Este livro rompe com essa naturalização e vai além: oferece novos critérios para a imputação em coautoria, que merecem a atenção da doutrina e da jurisprudência. Não estranha que *Alaor Leite* – que fora professor da autora em curso ministrado na UFMG – tenha indicado com veemência este trabalho para a coleção coordenada por Adriano Teixeira e por mim. *Leite*, por ter lido a tese e indicado o livro, sentiu-se “suspeito”, e coube a mim este Prefácio.

A autora, no título, enuncia ser o foco de suas reflexões o chamado vínculo subjetivo na coautoria. O livro, contudo, oferece muito mais ao leitor. A rigor, há nele reflexões profundas sobre a *teoria da imputação*. Nesse plano mais denso, a autora esforça-se por compatibilizar a existência de um “fato global” com um “ilícito pessoal”,

sem cair nas tentações em voga no sentido de criar uma persona moralis ou um sujeito coletivo, figuras que entram em fricção com o princípio da culpabilidade ao justificarem, ao final do dia, uma imputação por comportamento de terceiro, apenas sob outra rubrica. Essa “imputação bidimensional”, assim batizada por Schirmer, cria um “domínio interoperativo do fato”, baseado na mútua colaboração na realização do tipo e fundada na confiança subjetivamente fundada. A despeito da postulação de um “fato global”, a responsabilidade do coautor é decididamente individual, “por um fato compartilhado que também é seu”. A figura da imputação recíproca pode ser, assim, dispensada. Já era hora.

Ainda nesse plano profundo, a autora postula *uma integração entre teoria da imputação objetiva e teoria do concurso de pessoas*, abandonando uma visão mais sequencial, que antes se ocupa da fundamentação (do “se”) e apenas depois do título da contribuição (do “como”). Essa visão integrativa, que já conta com renomados adeptos na discussão internacional, ganha agora uma defensora nacional. Também a distinção – um tanto “estanque”, na visão da autora – entre imputação objetiva e subjetiva se esvanece no âmbito da coautoria, que dependeria, de saída, de uma confiança subjetiva no “arranjo coletivo”, que matiza a própria contribuição objetiva. Merece destaque, ainda, a crítica formulada pela autora a uma concepção a seu ver demasiado abstrata e generalista da teoria do domínio do fato.

Essas considerações mais gerais são, em uma segunda parte, concretizadas. Schirmer argumenta com solidez, caminhando do abstrato ao concreto com elegância, além de adotar uma escrita escorreita e clara. No plano mais concreto, destacaria *três pontos* especialmente interessantes.

O primeiro é a tentativa de ancorar as suas considerações na *lex lata brasileira*; a interpretação ofertada pela doutrina é duramente criticada como “próxima à anarquia”. O (“praticamente ignorado”) art. 31 do Código Penal seria a norma nuclear, e nele estaria toda a potência para extrair a necessidade de uma distinção entre autor e partícipe, decorrente da ideia de acessoriedade; também do art. 31 seria possível deduzir a necessidade, para a coautoria, de uma contribuição durante a execução do delito, isto, entre o início da execução

na tentativa e a consumação. Embora alguém pudesse dizer que essa norma é mais referida à participação em sentido estrito, a autora oferece sólido argumento para qualquer forma de absolutização da “vontade do autor”, exigindo categoricamente um critério objetivo – quem sabe, um domínio fático sobre o acontecer delitivo.

O segundo ponto reside na fundamentação de uma coautoria unilateral, quando há “vínculo subjetivo sem reciprocidade”, uma posição minoritária na doutrina. A autora argumenta com base em casos, de modo a sustentar a sua posição, além de discutir em minúcia, argumento por argumento, com a doutrina dominante, que exige essa reciprocidade.

Em terceiro lugar, Schirmer cuida dos “desvios subjetivos” e da rumorosa categoria da participação dolosamente distinta (uma “imprecisão teórica”, na visão da autora), além de recordar das esquecidas controvérsias do antigo art. 48, cuja lógica foi invertida no atual art. 29 § 2º CP; a autora esforça-se para oferecer uma interpretação racional desse dispositivo, com base em sua interessante visão a respeito do vínculo subjetivo na coautoria.

O livro que o leitor começa a folhear revela uma autora jovem, porém já sólida. A doutrina nacional ganha uma monografia densa sobre a coautoria. A lacuna, enfim, está fechada.

Berlim, 19 de outubro de 2022

LUÍS GRECO

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
INTRODUÇÃO	13
ORGANIZAÇÃO	17

PARTE I

1. ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS.....	23
2. CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO	37
3. CRITÉRIOS DIFERENCIADORES ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	57
3.1. Critérios subjetivos.....	59
3.2. Critério objetivo-formal	62
3.3. Critério objetivo-material	68
3.4. Domínio do fato	71
3.5. Outras concepções.....	93
3.6. Uma proposta para o Direito Penal brasileiro: acessoriedade, execução e diferenciação por espécies .	98
3.6.1. Acessoriedade.....	101

3.6.2. Execução.....	108
3.6.3. Diferenciação por espécies	114
4. ESPÉCIES DE AUTORIA.....	121
4.1. Autoria direta.....	121
4.2. Autoria mediata	123
4.3. Coautoria.....	135
5. ESPÉCIES DE PARTICIPAÇÃO	151
5.1. Instigação	158
5.2. Auxílio moral.....	163
5.3. Auxílio material.....	165

PARTE II

1. IMPUTAÇÃO DE UM FATO COMO COAUTORIA	169
1.1. Fato global e ilícito pessoal: uma compatibilização possível?.....	171
1.2. Efeitos concretos da imputação bidimensional no raciocínio de atribuição de responsabilidade dos concorrentes	191
1.3. A racionalidade própria de imputação do delito cometido em concurso de pessoas	205
1.4. Inter-relação entre a tipicidade subjetiva e objetiva	220
1.5. Imputação a título de coautoria	229
2. VÍNCULO SUBJETIVO NA COAUTORIA	235
2.1. Necessidade.....	236
2.2. Momento	241
2.3. Forma.....	247

2.4. Conteúdo	250
2.4.1. Aspectos gerais	250
2.4.2. Desvios subjetivos	260
2.5. Unilateralidade ou reciprocidade do vínculo.....	276
2.5.1. Vínculo subjetivo unilateral – fundamentação teórica	280
2.5.2. Exemplos e hipóteses de classificação.....	294
2.5.3. O vínculo subjetivo unilateral posto à prova...	308
CONCLUSÕES.....	319
BIBLIOGRAFIA CITADA	329

INTRODUÇÃO

O concurso de pessoas é, paradoxalmente, um dos temas mais relevantes e mais preteridos do Direito Penal brasileiro. Isto porque, ao tempo em que, com notória frequência, delitos são cometidos mediante a colaboração de diversos sujeitos, a legislação em vigor trata da matéria de forma assistemática; a doutrina dispensa pouca atenção a este tópico; e a jurisprudência evita discussões mais profundas. O desentendimento que paira sobre esta temática é agravado, ainda, pela introdução irrefletida de teorias estrangeiras e pelo uso corriqueiro de um pretense ontologismo que visa conformar os institutos a opiniões pessoais antes de observar o ordenamento jurídico. Se o concurso de agentes, como um todo, já não desperta um interesse massivo da comunidade jurídica, recebem ainda menos atenção o fundamento teórico da responsabilização pelos fatos coletivos; sua lógica própria; ou o vínculo subjetivo da coautoria – que se confunde com um simples detalhe, num mar de conceitos frequentemente ignorados. O cenário é, portanto, desalentador. Diante disso, este trabalho tem como intuito inicial propor um diálogo, sobretudo com aqueles que já dedicaram seus estudos ao tema do concurso de pessoas e, esperançosamente, com os que virão.

Para tanto, imprescindível um regresso às bases teóricas do concurso de pessoas – ainda mais ao se considerar a confusão instaurada em âmbito nacional. Assim, alguns esclarecimentos conceituais e um exame da legislação brasileira inauguram a exposição, dada a impres-

cindibilidade de uma base sólida para qualquer construção. Busca-se verificar desde a possibilidade de distinção entre autores e partícipes até as particularidades de eventuais figuras concursais admitidas pela legislação brasileira, pois apenas a partir do estabelecimento destas premissas é possível alicerçar as concepções que se seguem.

A união colaborativa entre várias pessoas para a prática delitiva se constitui num desafio à sistemática tradicional de imputação de responsabilidade, pois o arquétipo que guia o raciocínio da teoria do delito é o de um único crime praticado por apenas um sujeito, que comete por si todas as elementares do tipo penal e preenche todos os requisitos de imputação. A cooperação intersubjetiva demanda, nestes termos, uma adequação da lógica de atribuição de responsabilidade penal. Logo, faz-se necessário, simultaneamente, interpretar de maneira devida a situação cooperada – considerando o caráter coletivo de um *fato global* uno –, e respeitar os pressupostos fundantes de um Direito Penal constitucionalmente limitado, destacadamente o princípio da culpabilidade, que impõe a responsabilização individualizada. Esta dualidade é característica da prática delitiva concorrencial e demanda uma racionalidade própria de imputação, que será chamada de *imputação bidimensional*. Este duplo prisma de análise permite que uma realização seja considerada obra *também do colaborador*, mas, para tanto, elementos objetivos e subjetivos da sua atuação precisam demonstrar a relação colaborativa existente entre a sua conduta individual e o todo, caracterizando esta como um *contributo*.

Os elementos examinados para tal juízo e sua forma de compreensão constituem o objeto central deste trabalho. Dentre tais características destaca-se, especialmente, o vínculo subjetivo da coautoria. Este, embora seja sempre mencionado como alicerce fundamental da responsabilização, é praticamente inexplorado. Via de regra, os manuais de Direito Penal se contentam com a remissão a um “acordo” como requisito da coautoria, sem esmiuçar as razões de sua exigência, sua forma, momento, conteúdo, ou necessidade de reciprocidade. Sendo assim, tal instituto recebe atenção especial.

Conforme a perspectiva que será aqui defendida, o vínculo subjetivo é elemento determinante da imputação de um fato como coautoria. Esta afirmação, aparentemente singela, traz consigo diversas

implicações. Primeiramente, há que se atentar à ideia de *imputação* a título de coautoria, que indica o caráter constitutivo das figuras concursais e sua consequente inclusão no juízo de imputação, desafiando o momento geralmente reservado para a identificação das espécies concorrenciais. Isto decorre de um conceito restritivo-singular de autor, pelo qual toda responsabilização criminal por concurso de pessoas deriva de uma extensão típica que sustenta a imputação. Os elementos da coautoria, então, passam a integrar o juízo de atribuição de responsabilidade, fundamentando-o. Consequentemente, prescinde-se de uma imputação abstrata do sujeito como mero *autor* ou *partícipe*, sem maiores especificações, em nome de uma classificação direta como uma espécie concreta de contribuição (autoria direta, mediata, coautoria, instigação, auxílio moral ou material). Isto atribui aos critérios diferenciadores de autoria e participação um caráter meramente reitor e deixa a concretização da classificação a cargo de cada espécie concursal. O vínculo subjetivo da coautoria é erigido, desta forma, a componente fulcral da responsabilidade, e, por isso, merece uma investigação detida de suas características. Por esta razão, e pelo notório menosprezo a que tal elemento é submetido, foi dedicada especial atenção a este tópico.

O espectro de análise deste estudo será detido aos ‘delitos de domínio’ – assim entendidos os crimes comissivos, dolosos e comuns¹. Consequentemente, excluem-se do exame os delitos omissivos, culposos, próprios e de mão própria. Este recorte analítico se justifica na medida em que a simples possibilidade de configuração de concurso de pessoas nestes casos já é, por si, muito discutida, e, portanto, demandaria um aprofundamento que impediria a concentração de esforços na dinâmica de imputação dos delitos plurais, ou nas características do vínculo subjetivo da coautoria – objetos desta pesquisa.

1. Acerca de tal classificação, ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 6. ed. Tradução por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998 a.

ORGANIZAÇÃO

Considerando a necessidade do estabelecimento inicial de premissas teóricas, este estudo divide-se em duas partes.

A primeira é dedicada aos pressupostos básicos de compreensão do concurso de pessoas, sedimentando conceitos iniciais; investigando as previsões normativas constantes no ordenamento jurídico brasileiro; buscando um critério diferenciador adequado para a legislação vigente; e identificando cada uma das figuras concorrenciais possíveis. Estes tópicos constituem uma tentativa de apaziguar a desordem instaurada no debate nacional. O capítulo inaugural, nesta medida, fixa os eixos fundamentais da compreensão do concurso de pessoas e indica a terminologia que será utilizada em referência às teorias que quantificam os delitos existentes nas hipóteses de concurso; aos conceitos de autor e aos sistemas de atribuição de responsabilidade. Em seguida, o capítulo 2 atém-se à investigação da legislação e das discussões brasileiras, procurando um caminho em meio à assistemática presente no Código Penal. Compreendida a possibilidade de diferenciação, o capítulo 3 perpassa os critérios diferenciadores de maior destaque histórico – notadamente as teorias subjetivas, objetivo-formal, objetivo-material e a teoria do domínio do fato – para, em seguida (a partir de 3.6) propor uma metodologia que se entende adequada ao Direito brasileiro. Este raciocínio, como será visto em 3.6.3, passará pela definição concreta de cada espécie concursal, o que demanda a caracterização das figuras concorrenciais, feita nos

capítulos 4 (dedicado às formas de autoria) e 5 (dedicado às hipóteses de participação).

Sobre este alicerce, a segunda parte trata do raciocínio a ser adotado na imputação de responsabilidade por fatos praticados através de concurso de pessoas, adentrando a aspectos referentes à valoração de um fato global e ao estabelecimento de responsabilidade individual por este (tópico 1.1). Diante desta perspectiva, há que se identificar as implicações deste exame bifocal na imputação singular e o papel cumprido pelos elementos coletivos e pessoais neste juízo, determinando os requisitos da atribuição de responsabilidade individual por fato cooperado (tópico 1.2). Compreendida a relevância da ideia de colaboração, segue-se a identificação da função assumida pelas figuras concorrenciais, concretizadoras desse conceito inicial mais abstrato, questionando tanto o caráter que devem assumir na imputação quanto o seu momento de verificação (tópico 1.3). Ainda, sendo a colaboração sempre designada por aspectos objetivos e subjetivos, faz-se necessária a atenção à inter-relação entre tais aspectos, que caracterizam a efetivação de um concurso delitivo (tópico 1.4). Ao final, o raciocínio é consolidado pela aplicação da lógica de imputação concorrential à coautoria, para clarificar a exposição (tópico 1.5).

Em seguida, o segundo capítulo dedica-se ao vínculo subjetivo da coautoria, adentrando às questões relativas à sua necessidade (2.1), momento (2.2), forma (2.3), conteúdo (2.4) e reciprocidade (2.5). Os tópicos que o compõem, nesta medida, buscam, além de densificar tal elemento, identificar os possíveis desafios apresentados em seu âmbito. Decorre daí a necessidade de explorar questões relativas à adesão posterior de um agente a uma empreitada criminosa; assimetria subjetiva; e mesmo a possibilidade de estabelecimento de um liame unilateral, por exemplo. O objetivo da segunda parte é problematizar a lógica de imputação nos delitos cooperados, para, a partir desta, compreender a relevância do vínculo subjetivo enquanto elemento da coautoria e as suas implicações na imputação de um crime a tal título. Além disso, o esforço é direcionado a chamar a atenção ao aspecto psíquico da coautoria e analisar detidamente suas características – comumente ignoradas.

As referências bibliográficas são feitas em nota de rodapé com indicação do sobrenome do autor, título da publicação e data. A primeira menção de uma obra é sempre completa, e as subsequentes têm por padrão a indicação do sobrenome do autor, início do título seguido de '[...]' e ano de publicação. Obras publicadas pelo mesmo autor no mesmo ano são assinaladas por letras minúsculas em ordem alfabética, conforme aparecem no texto – marcações que serão expostas nas referências bibliográficas constantes ao final do livro. Autores com o mesmo sobrenome são diferenciados pela inicial do primeiro nome, colocada após o sobrenome. Autores com o mesmo sobrenome e as mesmas iniciais são identificados pelo sobrenome seguido do prenome por extenso. As citações diretas de obras publicadas em língua estrangeira não foram traduzidas.

1.

ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS

Tratar de concurso de pessoas, no Brasil, exige, antes de tudo, o estabelecimento de certas balizas conceituais e terminológicas. Não apenas por ser a sedimentação de premissas sempre salutar; mas porque, especialmente neste tópico, a doutrina e a jurisprudência confundem com uma frequência alarmante vários dos institutos que integram o raciocínio. Expressões como *monista*, *unitária(o)* ou *extensiva(o)* qualificam os substantivos *sistema*, *conceito* ou *teoria* de maneira quase indiscriminada, numa miscelânea conceitual que só pode conduzir a um profundo desentendimento²⁻³. Qualquer discussão

2. Poder-se-ia argumentar que a questão é basicamente terminológica – o que não seria verdadeiro, uma vez que os significados se entrelaçam num verdadeiro nó. O que ocorre é que termos idênticos recebem significados diversos, inviabilizando o estabelecimento de um processo comunicacional. Concretamente: o que um estudo denomina por *monista*, outro trata por *unitária*, e vice-versa. A título de exemplo, Damásio de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. *Da Co-Delinquência em Face do Novo Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 16-17) e Esther de Figueiredo Ferraz (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 29-30) chamam de *unitária* a teoria segundo a qual todos os contribuintes praticam um único crime, o que Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis tratam por *teoria monista* (GRECO, Luís et alii. *Autoria como Domínio do Fato*: Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014 a, p. 14 – “Esclarecimentos Terminológicos”). Estes, por sua vez, usam a terminologia ‘*unitário*’ para caracterizar o sistema de atribuição de

sobre esta temática resta, por esse motivo, dificultada, e, assim, o concurso de pessoas, tópico pungente da teoria do delito, não protagoniza debates no cenário jurídico nacional⁴.

O concurso de pessoas é muitas vezes chamado de concurso *eventual* de pessoas, nomenclatura que ressalta a função de adaptação entre uma imputação baseada na ação individual e os fatos cometidos por uma pluralidade de sujeitos. Em outras palavras, o padrão de realização criminosa sobre o qual se estrutura a teoria do delito é a atuação individual e, nessa perspectiva, o cometimento conjunto de um crime representa um desafio para a lógica comum de imputação. O instituto visa, portanto, possibilitar a reação do ordenamento jurídico a um fenômeno coletivo. No entanto, a expressão ‘concurso *eventual*’ pode conduzir a uma interpretação errônea do seu âmbito de incidência. É que nem todos os tipos penais são teorizados a partir da lógica da realização individual – os que o fazem são chamados de delitos monossujeitivos, maioria nos sistemas penais⁵. Há, diversamente, crimes nos quais a concorrência de uma pluralidade de sujeitos é elementar típica, sendo impossível a atuação isolada, como é o caso

responsabilidade que não diferencia autores e partícipes, o que Beatriz Corrêa Camargo batiza como ‘monista’ (CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A Teoria do Concurso de Pessoas: Uma Investigação Analítico-Estrutural a Partir da Controvérsia Sobre o Conceito de Instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 66 e ss.). Deve-se buscar, então, qualquer consenso entre *signos* e *significados* para possibilitar a comunicação.

3. Este trabalho adota os termos estabelecidos por GRECO, L., *Autoria como Domínio do Fato* [...], 2014 a, especialmente p. 13-14 – “Esclarecimentos Terminológicos”.

4. A contradição entre a relevância do tema e a atenção a ele dispensada é ressaltada por Alair Leite. Nas suas palavras: “O capítulo da autoria e participação, em geral disposto timidamente ao apagar das luzes dos manuais, integra o coração da teoria do tipo.” (LEITE, Alair. *Domínio do Fato ou Domínio da Posição?*: Autoria e Participação no Direito Penal Brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016 a, p. 31). Nilo Batista também já lamentara o fato de que “Talvez a teoria do concurso de agentes [...] seja o aspecto mais negligenciado pela doutrina brasileira que se elaborou sobre o código de 1940” (BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, nota prévia à 1ª edição, p. xv). No mesmo sentido, Beatriz Corrêa Camargo indica uma correlação entre a confusão conceitual instaurada nas discussões sobre o concurso de pessoas e a “pouquíssima atenção” que a doutrina brasileira dispensou ao tema (CAMARGO, *A Teoria do Concurso de Pessoas* [...], 2018, p. 83).

5. É o caso, por exemplo, dos crimes de homicídio, roubo, furto, estupro etc. Nestes, os tipos penais admitem a atuação isolada de um único sujeito.