



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Participação Criminal através das Ações Neutras

Carla Regina Alves Ferreira

Rio de Janeiro
2012

CARLA REGINA ALVES FERREIRA

A Participação Criminal através das Ações Neutras

Artigo Científico apresentado como exigência
de Conclusão de Curso de Pós – Graduação
Lato Sensu da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof^a.Mônica Areal

Prof^a.Néli Luiza C. Feztner

Prof.Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2012

A PARTICIPAÇÃO CRIMINAL ATRAVÉS DAS AÇÕES NEUTRAS

Carla Regina Alves Ferreira

Graduada pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Analisando o conceito de “ações neutras” depara-se com situações que em um primeiro contato, pareça irrelevante, para o direito penal, certas contribuições a fato ilícito alheio. Situações corriqueiras que do ponto de vista deste estudo não acarretaria qualquer responsabilidade penal. Do ponto de vista fático, há um grande risco no enquadramento de condutas no conceito dessas ações. Sendo assim, surge um conflito, que necessita para a sua solução a ponderação entre o interesse geral de liberdade permitindo essas ações tidas como perigosas e o interesse de proteção de bens jurídicos, no sentido de que as ações sejam proibidas.

Palavras Chave: Participação Criminal. Ações Neutras. Solução principiológica.

Sumário: Introdução; **1** – Teoria adotada pelo Código Penal vigente em relação à Participação; 1.1- Cumplicidade no Direito Penal. 1.3 – Teoria da Imputação Objetiva. **2** – Ações Neutras; 2.1 – Aspectos históricos; 2.3 – Ações Neutras e a Participação Criminal; **3** - Solução da problemática de aplicação das ações neutras. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo responder a tais questionamentos, indagações, assim como esclarecer o seu resultado nos estudo da participação criminal no direito criminal brasileiro.

A dogmática das ações neutras surge a partir do estudo da Teoria da participação e dos conhecimentos especiais da Imputação Objetiva. O tema ainda não discutido arduamente na doutrina brasileira, aos pouco vem ganhando maior atenção no estudo dos casos concretos. Mesmo que há muito já é aplicada pela doutrina estrangeira, como ocorre principalmente no direito alemão, desde a década de 70.

O estudo surge a partir de ações cotidianas, praticadas no dia a dia, aparentemente inofensivas e que, por sua vez, não denotam relevância na esfera jurídica. A princípio, a

impressão que se tem é essa, mas, que, após análise sob o enfoque da imputação objetiva pode ter grandes repercussões no direito penal.

A Teoria da Imputação Objetiva, desenvolvida principalmente no campo da autoria, estuda também o tipo objetivo da participação. Paralelamente a esse estudo, há a figura da participação por cumplicidade. No conflito entre essas duas, o objetivo é buscar aquela que melhor se adapta e explica as ações neutras.

A sua relevância prática, já reconhecida pela doutrina alemã, tem sido demonstrada em algumas jurisprudências que fornecem casos em que o partícipe nada mais fez do que realizar uma ação cotidiana, mas que, ao final colabora ou facilita o cometimento da infração penal e que por sua vez, deve ser responsabilizado.

A partir do estudo de alguns casos concretos, será feito breve passeio em torno da cumplicidade em matéria penal. Em seguida passa – se a análise dos princípios que norteiam os estudos e fundamentam as ações neutras, como consequência surge questões que necessitam de respostas.

1- TEORIA PENAL ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL VIGENTE EM RELAÇÃO À PARTICIPAÇÃO

Em um evento criminal, há duas figuras principais: o autor do crime e a vítima. O autor é o protagonista da infração penal, no qual exerce o papel principal. Disso não há dúvidas. Mas, muitas vezes, e não raro isso acontece, o autor da infração penal recebe ajuda, auxílio, colaboração de um terceiro, que exerce papel secundário. Em sentido amplo, a participação pode representar qualquer forma de intervenção em fato punível que possa

caracterizar concurso de pessoas, incluindo – se as formas de autoria e participação em sentido estrito¹.

O Código Penal não traduz em nenhum dos seus artigos a diferença entre autor e partícipe, tais definições ficaram a cargo da doutrina e da jurisprudência. Com isso, surgiram várias teorias² que cuidaram de conceituar autoria e participação, resultando em um tema nada pacífico. No entanto, não é esse o foco principal desse estudo.

Para Fernando Galvão³, partícipe pode ser definido como:

[...] partícipe seria aquele que intervém no fato do autor para auxiliá-lo. É uma forma de conduta consistente na livre e consciente colaboração no delito de outrem. Participar é intervir em fato punível alheio, por isso, a contribuição do partícipe é coadjuvante em relação à intervenção do autor.

Com intuito de saber definitivamente quem exerce um papel acessório e auxiliar no cometimento do crime, é preciso adotar uma das quatro teorias que discutem a acessoriedade da participação. São elas: Teoria da Acessoriedade Mínima; Teoria da Acessoriedade Limitada. Teoria da Acessoriedade Máxima e Teoria da Hiperacessoriedade. Classificação trazida por Rogério Greco⁴. De acordo com o renomado autor, a Teoria que prevalece na doutrina brasileira é a Teoria da Acessoriedade Limitada que somente pune o partícipe se o autor tiver levado a efeito uma conduta típica e ilícita.

No que diz respeito às formas de participação, há várias classificações de diversos autores. A maioria da doutrina fala em duas: instigação e cumplicidade⁵. Dentre estes temos: Fragoso, Cezar Roberto Bittencourt, Zaffaroni, Pierangeli, Cirino dos Santos, Fernando Galvão entre outros. Para o presente estudo será utilizada esta classificação.

¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 449.

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 482 - 507.

³ *Ibid.*, p. 450.

⁴ GRECO, R. *op. cit.* 505 -506.

⁵ GRECO, Luis. *Cumplicidade através das Ações Neutras*. A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2004. p. 6.

Entende – se como instigação a provocação que o partícipe faz sobre a decisão do autor principal do fato em cometer o crime. O partícipe passa ter grande influencia psíquica na vontade que já existia no autor do crime em comete – lo. Para Nelson Hungria⁶:

[...] instigação é a influencia no sentido de excitar ou reforçar em outrem uma preexistente resolução criminosa, de modo a eliminar os ultimas escrúpulos ou hesitações (ex: promover assistência a ser prestada após o crime). A instigação, portanto, é forma de participação moral de menor relevância que a determinação, posto que a ideia criminosa já existia na mente do autor. De qualquer modo, a instigação é uma consciente contribuição que o partícipe oferece para a realização do fato delitivo. Espera o partícipe que a sua intervenção leve ou ajude a levar o autor a decidir – se pela realização do fato.

Já a cumplicidade traduz no auxílio, facilitação material ou psíquica para o autor praticar no crime. Nota – se que aqui a participação toma uma relevância jurídica de maior importância. Em razão do destaque principal da cumplicidade, forma de participação, no estudo das ações neutras, a mesma será estudada em capítulo próprio.

1.2 – CUMPLICIDADE NO DIREITO PENAL

Cumplicidade é entendida como o auxílio, a contribuição de terceiro ao autor do fato para que este cometa um fato típico e antijurídico, sem a sua participação direta. Atuando de forma indireta. Esse conceito decorre da Teoria da Acessoriedade Limitada já estudada⁷. O auxílio pode ser material (exemplo: quando o partícipe empresta uma arma, um machado, uma faca) ou pode ser psíquico (exemplo: quando o partícipe aconselha o autor a praticar o crime).

No ordenamento jurídico brasileiro não existe norma expressa e específica sobre a cumplicidade, ao contrário do que ocorre no direito alemão, que traz dispositivo específico. O

⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. São Paulo. RT, 2009. v. 1, p. 332.

⁷ GRECO, R. op. cit., p. 505 - 506.

§ 27, dispõe: “É punido como cúmplice quem prestou dolosamente ajuda ao fato antijurídico doloso cometido por outrem”⁸.

Tomando-se como exemplo de que o médico, ao operar um paciente em estado terminal prolonga a sua vida por mais sete dias e sabendo que após esses dias o paciente viria a óbito, o médico está diminuindo um risco pré-existente, a sua conduta não realiza tipo algum. Mas, caso o médico seja omissivo e deixe de fazer aquilo que seria determinante para prolongar a vida do paciente, uma vez que já sabia que o seu tempo de sobrevivência seria mais de uma semana? Teria o médico praticado um homicídio doloso? Uma vez que causou a morte do paciente e sabia do resultado?⁹ E se o partícipe em vez de contribuir não de maneira a facilitar o crime, mas sim de atrapalhar a ação principal, será ele responsável também por causar o resultado? Como por exemplo: Caio sabe que Tício vai matar Mévia e este em vez de dar a cópia da chave da casa dela, entrega – lhe chave inútil. Nesta situação, Caio fez isso, porque queria se vingar de Tício, pois ele não pagou uma dívida sua, ele responde?

De acordo com o finalismo de Welzel¹⁰ o tipo penal caracteriza - se pela ocorrência de dois elementos: a vontade consciente de produzir o resultado no plano objetivo e o dolo no plano subjetivo. A doutrina de Welzel foi merecedora de inúmeras críticas, uma vez que percebeu - se que o homem deve ser punido pelo que concretamente realizou e não pelo que é. No plano da participação até a década de 90 considerava - se que a cumplicidade seria a causalidade no plano objetivo e o dolo no plano subjetivo. Considerando essa teoria, nos exemplos acima mencionados o médico seria responsabilizado pelo crime de homicídio doloso, já que conhecia o resultado. E por essa razão, tomando por base essa teoria, casos como esses careceriam de solução. Conclui-se que a cumplicidade na causação não era

⁸ GRECO, Luís, op. cit., p. 9.

⁹ Ibid., p. 13

¹⁰ GRECO, R. op. cit., p. 176-177.

suficiente para caracterizar o tipo objetivo. Surge então, a necessidade de complementar o tipo objetivo.

A complementação do tipo objetivo surge com o estudo da Teoria da Imputação Objetiva que leva em consideração o risco. Não basta que o autor cause dolosamente o tipo penal, sendo necessário também que este resultado seja uma realização do risco – não permitido criado pelo autor. Caso contrário, se o risco for permitido não responderá criminalmente o autor.

Para melhor compreensão da Imputação Objetiva, a teoria será estudada em tópico seguinte.

1.3 – TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A Teoria da Imputação Objetiva busca resolver os problemas que decorrem de um grupo de casos que se realizam no plano objetivo e suscitam dúvidas, como por exemplo: Um homem de aparência suspeita adentra uma loja de material de construção e compra um machado afiado. O vendedor pensa consigo que talvez aquele Sr. de aparência estranha queira matar alguém, mas o que ele tem a ver com isso? Deverá o vendedor ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese do comprador realmente matar alguém?

E no caso do traficante que vende heroína a um terceiro? Os dois sabem que a injeção de determinada quantidade de droga gera perigo de vida e ainda assim assumem o risco que a morte ocorra: o traficante, porque o quê o interessa é o dinheiro da venda e o usuário, por ser um viciado. Responde o traficante por homicídio com dolo eventual se o usuário vier a falecer?

O grande progresso que trouxe a Teoria Finalista da Ação, estudada no final do capítulo anterior da presente obra, se limita ao tipo subjetivo. Para a realização da conduta

típica, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da Teoria da Equivalência (Teoria acolhida pelo Código Penal em vigor), com isso o tipo continua demasiado extenso e questões que necessitam de avaliação mais objetiva não tem respaldo jurídico adequado. Em razão dessa lacuna, na década de 90 o estudo girou em torno do tipo objetivo unicamente. A pessoa responde pelo crime quando cria um risco não permitido; quando o risco se realiza no caso concreto ou quando o resultado se encontra dentro do alcance do tipo.¹¹

A expressão imputação objetiva para o Direito Penal significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaça as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. Para Fernando Galvão¹², a imputação objetiva deve ser entendida como: “a vinculação que deve existir entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo”.

Rogério Greco¹³ traz algumas conclusões desse instituto que facilitam a compreensão:

[...] a) A imputação Objetiva é uma análise que antecede à imputação subjetiva; b) a imputação objetiva pode dizer respeito ao resultado ou não do comportamento do agente; c) o termo mais apropriado seria o de teoria da não – imputação, uma vez que a teoria visa, com as suas vertentes, evitar a imputação objetiva (do resultado ou do comportamento) do tipo penal a alguém; d) a teoria da imputação foi criada, inicialmente, para se contrapor aos dogmas da teoria da equivalência, erigindo uma relação de causalidade jurídica ou normativa, ao lado daquela outra de natureza material; e) uma vez concluída pela não imputação objetiva, afasta – se o fato típico.

Do ponto de vista da Teoria da Imputação Objetiva a resolução dos casos concretos citados anteriormente, tem consequências práticas opostas à trazida pela Teoria da Equivalência adotada pelo Código Penal Brasileiro, que por sua vez, entenderiam que o vendedor e o traficante responderão pelo homicídio na forma de dolo eventual, sendo considerados partícipes do fato criminoso. Não se pode admitir que o conhecimento ou apenas

¹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2012, p. 104.

¹² GALVÃO, op. cit., p. 201.

¹³ GRECO, R. op. cit., p. 273.

a mera suspeita de que fato típico venha a ser praticado ou já tenha sido consumado por uma pessoa, seja o suficiente para ensejar a condenação daquele que de maneira ou outra tomou conhecimento de haveria um crime. Se assim fosse, os parentes, amigos e médicos deveriam ser considerados partícipes, quando não autor de fato típico cometido pelo agente.

À luz da Teoria que ora se estuda o primeiro caso trazido à discussão se enquadra na hipótese da criação de um risco não permitido, preenchendo o tipo objetivo. Vender um machado afiado a uma pessoa de aparência suspeita ter-se-á que admitir a existência de eventual risco. No entanto, o risco é permitido. Afinal, a vida em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar no próximo, presumindo que as pessoas não cometerão delitos dolosos. Cometer crimes não é a regra, e sim, a exceção, não devendo ser considerado mera presunção. Vigora aqui, o Princípio da Confiança, do direito penal de transito, que segundo Claus Roxin, citando Juarez Cirino dos Santos significa¹⁴:

[...] Pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme o direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirma – se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato (erkennbare Tattgeneigtheit)*.

O vendedor não criou risco proibido, independente da causação ou de seu substrato psíquico, nem a venda do machado afiado, nem o resultado morte poderão ser atribuídos a ele como ações de homicídio.

No segundo caso, a hipótese está dentro do “alcance do tipo” somado ao princípio da auto-responsabilidade. Este caso se mostra mais interessante, uma vez que o ato de entregar a droga constitui uma criação de um risco não permitido (O Código Penal Brasileiro não admite o tráfico de drogas, e, por si só, já constitui crime), e este risco se realizou, pois o usuário veio a falecer. E ainda assim, a causação do resultado morte está ao alcance do risco, pois que, não poderá ser punível a participação em um crime no qual a pessoa se autocoloca em perigo, ou seja, quando a vítima tem completa noção de que corre perigo ao fazer uso da droga. O

¹⁴ ROXIN, op. cit., p. 105.

alcance do tipo não abrange esta hipótese, pois o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima. Sendo assim, em consonância com as diretrizes da Teoria da Imputação Objetiva, aquele que possibilita, instiga ou auxilia a autocolocação em perigo da vítima não pode ser punível por homicídio até mesmo por lesões corporais.

2 – AÇÕES NEUTRAS

A Teoria da Imputação Objetiva como visto, fornece critérios para determinar quando um risco é proibido ou não, além do alcance dele. Com isso, é de fácil verificação que seu alcance é muito superior à teoria específica da cumplicidade, podendo lidar com todos os problemas por esta resolvidos, e também vários outros, como da cumplicidade através das ações neutras, objeto principal do presente estudo.

2.1 – ASPECTOS HISTÓRICOS

O estudo das ações neutras teve início em 1985 na Alemanha, baseado em acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão Bundesgerichtshof, que discutiu e julgou um caso concreto de participação criminal dos empregados de uma determinada empresa no delito de sonegação fiscal, cometido pelo dono da referida empresa. Foi neste acórdão que Wohlleben cunhou o conceito de “ações externamente neutras”, o que acabou por desencadear uma série de estudos por inúmeros penalistas alemães nas décadas seguintes¹⁵.

¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. Participação Criminal por meio de ações neutras. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7406/participacao-criminal-por-meio-de-acoes-neutras>>. Acesso em: 24 nov. 2012

2.3 – AÇÕES NEUTRAS E PARTICIPAÇÃO CRIMINAL

Diferentemente do que ocorre na doutrina alemã, o direito brasileiro adota prevalentemente nos Tribunais o conceito de participação criminal na prática de um delito. Conceito este que do ponto de vista alemão encontra-se ultrapassado pela atual aplicação do conceito de ações neutras. Como bem preleciona Fernando Galvão, assim conceitua participação em sua obra:

[...] Em sentido amplo, utiliza-se a expressão para designar toda e qualquer forma de intervenção em fato punível que possa caracterizar concurso de pessoas, incluindo-se as formas de autoria e participação em sentido estrito. Pode-se, assim, dizer que todos são participantes ou concorrentes na empreitada delitiva. Já em sentido estrito, participação traduz intervenção que se contrapõe a autoria e possui menor relevância jurídico-penal do que esta. (...) A participação é uma forma de conduta consistente na livre e consciente colaboração no delito de outrem. Participar é intervir em fato punível alheio; por isso, a contribuição do partícipe é coadjuvante com relação à intervenção do autor. [...] ¹⁶

De acordo com a Teoria final-objetiva, o critério para aferir a relevância jurídica da intervenção de cada concorrente é o domínio do fato. O autor sempre possui domínio do fato, já o partícipe não, apenas prestando auxílio na realização do fato do autor.

A Teoria que prevalece na doutrina é a chamada Teoria da Acessoriedade Limitada ¹⁷. Pune-se a participação se o autor tiver levado a efeito uma conduta típica e ilícita. Ou seja, é preciso que o autor tenha praticado um injusto típico, mesmo que não seja culpável, para assim, ser penalmente possível que o partícipe seja considerado culpado.

Os tipos de participação, destacando-se inclusive, a cumplicidade para o estudo das ações neutras, uma vez que possui maior relevância, já teve seus breves comentários tecidos no item 1 da presente obra.

A contextualização da ação do partícipe é inevitável para aferir sua tipicidade, como demonstrado acima. Seria um equívoco desconsiderar por completo a Teoria Geral da

¹⁶ GALVÃO, op. cit., p. 450.

¹⁷ GRECO, R. op. cit., p. 506.

Participação, mas em contraponto, seria um retrocesso a não assunção de uma nova metodologia na resolução dos problemas das condutas acessórias neutras.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro ainda se mantém invicto na aplicação da participação criminal e suas teorias clássicas, não havendo ainda julgados que oportunizaram a discussão da participação criminal através das ações ditas como neutras, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO FORMAL.CONDENAÇÃO. **PARTICIPAÇÃO** DE MENOR IMPORTÂNCIA. TESE DEFENSIVA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÕES DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA CONCLUIR DIVERSAMENTE. INVIABILIDADE NA VIA RESTRITA DO WRIT. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PARA TODOS OS AGENTES. IMPOSSIBILIDADE DE MAIOR REDUÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Inviável o reconhecimento da causa geral de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do CP, quando verificada que a **participação** do impetrante-paciente nos delitos a ele imputados não era secundária, mas decisiva, já que agiu ativamente na empreitada criminosa, idealizando-a e atuando de forma a garantir a sua execução e sucesso. 2. O reconhecimento da **participação** de menor importância, por demandar o reexame do elenco fático-probatório amalhado, mostra-se inviável na via restrita do habeas corpus, especialmente quando as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias encontram-se devidamente justificadas. 3. Evidenciado que o paciente teve a pena-base fixada no mínimo legalmente previsto para o tipo penal violado, não há constrangimento ilegal, nem ofensa ao art. 29 do CP, pois inviável aplicar a reprimenda básica em patamar inferior ao abstratamente cominado.

ROUBO. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ELEMENTAR DO CRIME. COMUNICABILIDADE AO COAUTOR. EXEGESE DO ART. 30 DO CP. ADESÃO À CONDUTA DOS CORRÉUS. REVOLVIMENTO DE PROVA. TRÊS DELITOS. CONCURSO FORMAL. APLICAÇÃO AO CORRÉU. INTELIGÊNCIA DO ART. 29 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. O art. 30 do Código Penal, dita que: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime". 2. Ajustada a prática de roubo, a utilização de violência ou grave ameaça, necessárias à sua consumação, se comunica ao coautor, mesmo quando não seja este executor direto do delito, pois elementar do crime.

3. Para chegar-se à conclusão de que o paciente não aderiu à conduta dos coautores, que utilizaram arma de fogo para intimidar as vítimas do roubo, necessário o revolvimento do conjunto probatório colhido nos autos principais, providência vedada em sede de habeas corpus. 4.. Havendo o reconhecimento do concurso formal de crimes, decorrente da subtração de bens de três vítimas distintas, mediante uma mesma ação, ausente ilegalidade na aplicação do aumento de pena ao impetrante-paciente por essa circunstância, pois condenado por **coautoria**, em concurso de pessoas. Inteligência do art. 29 do CP. 5. Ordem denegada. (STJ – HC

147. 939/SP – Relator: Ministro Jorge Mussi – 5ª Turma – Data do julgamento: 24/04/2012).¹⁸

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. REJEIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DA QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. **PARTICIPAÇÃO** COMO MANDANTE. POSSIBILIDADE. 2. AUSÊNCIA DE FORMULAÇÃO DOS QUESITOS DA DEFESA. CAUSA DE PEDIR. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a rejeição pelos jurados da qualificadora de promessa de recompensa não afasta a conclusão do Conselho de Sentença de que o paciente concorreu para a prática do delito como mandante. O crime do art. 121 do Código Penal pode ser perpetrado a mando de outrem, mesmo sem o oferecimento ou a obtenção de nenhuma vantagem. (Precedente) 2. A genérica alegação da Defesa, sem a respectiva demonstração concreta da omissão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, impede o conhecimento do pedido. 3. Habeas corpus conhecido em parte, e na parte conhecida, denegada a ordem. (STJ – HC 122.983/MG – Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – 6ª Turma – Data do julgamento: 23/08/2011).¹⁹

3 – SOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA DE APLICAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS

No item 1.2 – Cumplicidade do Direito Penal, deste presente trabalho mencionou-se alguns exemplos referentes à imputação objetiva e cumplicidade no direito penal brasileiro, que tomaram como base a discussão sobre a atuação do agente que de alguma maneira contribui para o cometimento do crime em razão do seu trabalho, da condição de parente e por estar apenas exercendo as atividades que habitualmente executa no seu dia-a-dia.

Após toda explanação sobre o assunto da participação através das ações neutras, o presente capítulo tem como objetivo demonstrar a solução destes casos concretos do ponto de vista do Ilustre Luís Greco, em seu livro, Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação²⁰, como verdadeira fonte primária de análise, estudo e consequências práticas dos resultados na aplicação deste instituto.

¹⁸Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coautoria+e+participa%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹⁹Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coautoria+e+participa%E7%E3o+n%E3o+caracterizada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

²⁰ GRECO, Luís., op. cit., p. 151-167.

Têm-se as seguintes hipóteses: primeiro caso, Igor quer matar a sua esposa. Para isso vai até a loja de ferramentas de Theo, conta os seus planos e consegue comprar um machado. Theo duvida que Igor vá fazer isso e diante da dúvida e da insistência deste, decide por vender o machado. Theo será partícipe do crime cometido por Igor? De fato, a venda do machado por Theo a Igor, causa o fato principal, a morte da esposa de Igor, que não teria ocorrido tal como ocorreu. Segundo a teoria estudada neste trabalho, caso o machado pudesse ser obtido sem maiores complicações em qualquer outro lugar, Theo não teria criado o risco proibido, a sua conduta não poderia ser qualificada como juridicamente reprovada, uma vez que não se mostra como fator determinante para o cometimento do crime. Ao analisar a elucidação dos fatos, o juiz da causa deverá obter provas suficientes que provem o contrário, sempre lembrando que na dúvida, prevalece o *princípio in dubio pro reo*, previsto no artigo 386, V do Código de Processo Penal²¹. Solução oposta seria com a aplicação da Teoria da Acessoriedade Limitada já estudada, pela qual Theo responderia pelo crime de homicídio qualificado em participação com Igor, já que tal Teoria defende que o auxílio pode ser material e neste caso, se materializa com o machado.

Segundo caso, Igor pretende furtar uma residência e pede ao chaveiro Zé que lhe faça uma chave. No entanto, Zé para vingar-se do fato de Igor ter passado-lhe a perna no último trabalho que os dois fizeram juntos, resolve entregar a Igor uma chave falsa que não abre nenhuma porta. Igor tenta se utilizar da chave e não consegue, somente conseguindo adentrar no imóvel, após arrombá-lo, no qual veio a furtar vários objetos que naquela casa se encontravam. Neste caso, vale ressaltar que Igor no primeiro momento cometeu o crime de tentativa de furto com a chave que o chaveiro Zé lhe entregou (artigo 155, caput do Código

²¹ Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp381a393.htm. Acesso em: 02 dez. 2012. “Art. 386 do CPP: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”.

Penal)²². E, ao entrar na casa, arrombando a porta e subtraindo vários objetos, o delito de furto consumou-se, mas desta vez qualificado, artigo 155, § 4º, I do Código Penal)²³. O primeiro problema a ser enfrentado é saber se Zé, através da entrega das chaves criou ou não um risco proibido. Para a Teoria aqui estudada, a resposta só pode ser negativa, vez que a chave atrapalhou Igor, aumentando e colaborando para que o plano de Igor falhasse, representando assim, uma diminuição do risco para o bem jurídico, qual seja o patrimônio. Já com relação ao segundo crime cometido por Igor, furto qualificado consumado, não há como se dizer que Zé tenha contribuído no que quer que seja, pois não foi responsável por causar nada, vez que o arrombamento da casa foi escolha livre e consciente de Igor. Diante da impossibilidade de chara o fato previsível e diante da impossibilidade de criação de risco por Zé, este não poderá ser punível.

Outro exemplo trazido à baila, o comerciante Igor foi condenado à pena de prisão por crime de estelionato. Após demonstrar bom comportamento dentro do presídio, recebe permissão da justiça para visitar sua família em casa, acompanhado de um agente penitenciário. A sua esposa Joana e o seu filho João resolvem distrair o agente penitenciário para que Igor possa empreender fuga. Vale ressaltar que antes de colocarem o plano em prática, Joana consultou um advogado para se informar das consequências. O advogado prestou esclarecimento no sentido de que a esposa e o filho não seriam puníveis, em razão do exposto no artigo 348, § 2º do Código Penal, causa de exclusão de punibilidade no favorecimento pessoal cometido por parentes²⁴. Na verdade, o conselho jurídico fora

²² Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp155a156.htm. Acessado em: 02 dez. 2012. “Art. 155, caput: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.”

²³ Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp155a156.htm. Acessado em: 02 dez. 2012. “Art. 155, § 4º: A pena é de reclusão de 2(dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:, I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.”

²⁴ Disponível em:< http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp338a359.htm. Acessado em: 02 de dez. 2012. “Art. 348: Auxiliar-se a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão; § 2º: Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.”

equivocado, porque o advogado esquecera-se do disposto no artigo 351 do Código Penal²⁵, qual seja o crime de libertação do preso. De fato, a esposa e o filho cometeram o crime de favorecimento pessoal, no entanto, não serão puníveis, em razão a exclusão de punibilidade prevista no tipo penal. Além disso, cometeram também o crime de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança, de modo jurídico e culpável, sendo, portanto, puníveis. O problema aqui está no erro cometido por eles, que é considerado irrelevante. Mas, ainda que não fosse, poderia no máximo excluir a culpabilidade, deixando intacto o fato típico e antijurídico, segundo a Teoria da Acessoriedade Limitada.

Por fim, o último exemplo trazido por Luís Greco, o farmacêutico Jonas vende em sua farmácia famoso como abortivo, cuja venda é condicionada a prescrição médica, justamente por ter alto grau de risco para as gestantes. Jonas vende o remédio para uma mulher que está bem longe de ter uma barriga de modelo, apesar de avisar a mulher que gestantes não podem fazer uso deste medicamento. A mulher nervosa, afirma que não está grávida e que o remédio não é para ela, e sim, para sua irmã, ou melhor, sua amiga. Jonas percebe seu nervosismo e finge que acredita na história que a mulher contou e vende o remédio. A mulher utiliza o remédio para realizar auto-aborto e perde o bebê. Primeiramente, não há o que discutir o fato de que a mulher comete o crime de auto-aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal²⁶. Já Jonas, farmacêutico, causa o crime, porque vendeu o remédio sabendo do perigo que viria causar a mulher. Jonas criou o risco, uma vez que, o homem médio, prudente, consideraria face às circunstâncias da situação: mulher barriguda, nervosa, pedido de remédio abortivo, falta da prescrição medica exigida, a existência de um dano a ser causado. Este risco é proibido, mias uma vez, porque face a estas mesmas circunstancias, a mulher não poderia estar certa de conseguir comprar o remédio abortivo em qualquer outra farmácia, com

²⁵ Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp338a359.htm. Acessado em: 02 de dez. 2012. “Art. 351: Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva.”

²⁶ Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp121a128.htm. > Acessado em: 02 de dez. de 2012. “Art. 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.”

facilidade. De modo que a proibição se mostra idônea para dificultar a realização de seus planos.

Este último exemplo conclui todos os casos concretos a serem analisados e demonstra de forma clara e precisa como a Teoria das Ações Neutras se aplica nas situações do cotidiano das pessoas, do seu dia-a-dia. Não é correto afirmar que todos, sem exceção, pelo simples fato de estarem na sua rotina, exercendo seu trabalho serão isentas de penas e nunca responderão por qualquer crime. O exemplo do farmacêutico Jonas demonstra exatamente isso, apesar de ser uma situação completamente normal, apesar de ele estar apenas cumprindo com o seu trabalho que é vender remédios, ele contribuiu de forma decisiva para o cometimento de um crime, criou o risco para mulher o assumiu. Diante dos fatos, afasta-se qualquer especulação de que esta Teoria foi criada para facilitar a vida daqueles que vivem à margem da lei. Ao contrário, todas as situações fáticas deverão ser analisadas pelo juiz que deverá se utilizar do princípio da proporcionalidade/razoabilidade e das provas para concluir sobre a participação do agente.

A Teoria estudada no presente estudo, dentro de suas possibilidades e esbarrando nos limites de seu escasso estudo sobre o tema, esforçou-se para demonstrar seu alcance, suas consequências. Aparentemente, as ações neutras têm o objetivo de revestir de simplicidade, consistência, clareza, praticidade, acerto político-criminal. Assim como todas as outras Teorias que participam do Direito Penal, esta é mais uma que não demonstra perfeição e não consegue resolver todos os casos concretos propostos pela doutrina e até mesmo os que se referem a casos concretos, até porque é sabido de todos os admiráveis pelo direito, que como uma ciência social, vive em constantes mudanças e adaptações.

Por fim, o detalhado exame dos casos concretos trazidos por Luís Greco à reflexão, estudados no item anterior, tem a finalidade de mostrar a Teoria em ação, sua aplicação e suas

consequências, os seus méritos e suas defesas, para que o leitor possa chegar as suas devidas conclusões, e, conseqüentemente julgar.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que mesmo após a familiarização tardia com o estudo em questão, os penalistas brasileiros já contam com estudos específicos, análises crítica da doutrina estrangeira e até mesmo demonstram as suas opiniões acerca do tema. Restando apenas, que os Tribunais Brasileiros se manifestem nesse sentido, a fim de que essa discussão saia do domínio doutrinário e ganhe roupagem prática. Esse pequeno avanço, ainda em desenvolvimento, se justifica pela limitação de material traduzido para o português, além do fato de que poucas pessoas dominam a língua alemã, idioma que prevalece e norteia o estudo.

É inegável a importância do estudo que tem como objetivo desvendar os limites do permitido e do proibido de ações cotidianas, corriqueiras, do dia-a-dia. O estudo vai de encontro ao princípio da legalidade, princípio fundamental e imprescindível para o direito penal, previsto na Carta Magna e no Código Penal. Causa perplexidade quando se pensa em responsabilizar criminalmente uma pessoa que está apenas exercendo a sua profissão ou outra que esteja apenas cumprindo uma obrigação contratual. No entanto, em contrapartida, entendendo os Tribunais brasileiros pela existência ou não de condutas a serem consideradas como neutras, haverá influência direta na responsabilidade criminal e por sua vez, no princípio da legalidade. Já que, a contextualização da ação do partícipe é inevitável para aferir a sua tipicidade.

A preservação da metodologia utilizada na solução das questões tradicionais da participação criminal é imprescindível para que não se logrem resultados teratológicos no campo das ações neutras. Razão pela qual, mostra-se necessário e imprescindível que os

estudos sobre as ações cotidianas sejam aprofundados e mais específicos pelos ilustres penalistas.

REFERÊNCIAS

Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp155a156.htm >. Acessado em: 02 dez. 2012.

Disponível em:< http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp381a393.htm >. Acesso em: 02 dez. 2012.

Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coautoria+e+participa%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coautoria+e+participa%E7%E3o+n%E3o+caracterizada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações Neutras: A Imputação objetiva na participação*. Renovar, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério, apud HUNGRIA – NELSON, p. 332.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma questão única de imputação objetiva*. Paraná: Juruá, 2009.

LOBATO, José Danilo Tavares. Participação Criminal por meio de ações neutras. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/7406/participacao-criminal-por-meio-de-acoes-neutras>>. Acesso em: 24 nov. 2012

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.