

Considerações sobre a proibição de regresso: o problema do comportamento prévio negligente e do resultado dolosamente provocado por terceiro

Reflections on the prohibition of regression (Regreßverbot): the problem of previous negligent conduct and the intentional result caused by another person

Wagner Marteleto Filho 

Resumo: O presente artigo investiga as bases da teoria da proibição de regresso, em suas versões clássica e contemporânea. Examina-se a possibilidade de se imputar, a título de culpa, um resultado dolosamente provocado por terceiro, em conexão com o primeiro comportamento que tenha criado um risco proibido. São analisadas as três principais concepções, a saber, a teoria da ruptura da relação de imputação (que aplica a proibição de regresso), a teoria da relação adequada de imputação e a teoria da área de responsabilidade delimitada (que – ambas – rejeitam a proibição de regresso), e apresentada uma proposta de solução, vinculada ao conceito restritivo de autor e ao princípio da autonomia.

Palavras-chave: proibição de regresso; imputação; ruptura da relação causal; autor; partícipe; conceito restritivo; autonomia.

Abstract: The present article investigates the foundations of the theory of the prohibition of regression, in its classical and contemporary versions. It examines the possibility of imputing, under the title of negligence, a result intentionally caused by a third party, in connection with the initial behavior that created a prohibited risk. The three main conceptions are analyzed, namely, the theory of the breakdown of the causal relationship (which applies the prohibition of regression), the theory of the adequate causal relationship, and the theory of the delimited area of responsibility (both of which reject the prohibition of regression), and a proposed solution is presented, linked to the restrictive concept of perpetrator and the principle of autonomy.

Keywords: prohibition of regress; imputation; breakdown of the causal relationship; perpetrator; accomplice; restrictive concept of perpetrator; autonomy.

Sumário: Introdução; 1 Os casos; 1.1 O caso do envenenamento (RGSt 61, 318); 1.2 O caso do piromaníaco (OLG Stuttgart – JR 1997, 517); 2 A doutrina da proibição de regresso; 3 Teoria da ruptura da relação de imputação; 4 Teo-

ria da relação adequada de imputação; 5 Teoria do âmbito de responsabilidade delimitada; 6 O sistema brasileiro e o conceito extensivo-unitário de autor: possíveis impactos na discussão da proibição de regresso; 7 Posição defendida; Considerações finais; Referências.

Introdução

A intervenção de terceiro responsável – ou mesmo da própria vítima – deve afastar a responsabilidade do agente que criou um risco proibido e colocou em marcha o processo causal? Em outros termos: o subsequente comportamento doloso¹ de um agente responsável, fomentado por uma violação do dever de cuidado precedente, deve bloquear a imputação do resultado ao (primeiro) agente negligente? Essa é a pergunta que se pretende responder nesta breve contribuição, retomando-se a velha discussão acerca da teoria da “proibição de regresso”, esboçada por *Reinhard Frank*², já no início do século XX. Há, ainda, algumas questões derivadas da primeira: É possível apresentar uma solução uniforme para os casos?³ O sistema de concurso de pessoas do Código Penal (CP) brasileiro é compatível com a proibição de regresso?

O problema se verifica, também, em situações em que o comportamento antecedente tenha sido doloso⁴, mas a origem da teoria se vincula aos casos em que não há, em regra, uniformidade do elemento subjetivo, verificando-se uma relação de “culpa-dolo”⁵. As situações exploradas na literatura são, por vezes, simples, convocando soluções quase intuitivas (sobretudo em casos de autolesão pelo ofendido⁶ ou de desvio essencial – imprevisível, portanto – do curso causal)

-
- 1 Para fins de delimitação, considerarei, aqui, os casos dolosos, mas há também alguma discussão no tocante ao comportamento negligente subsequente.
 - 2 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, p. 21. E a esclarecer que a versão clássica da teoria conduzia a afirmar uma ruptura na relação causal e a versão atual sustenta a ruptura da “relação de imputação”, veja-se PUPPE, *NK-StGB*, Vor § 13, p. 539.
 - 3 A responder no sentido negativo: SOUSA MENDES, *Causalidade complexa e prova penal*, p. 391. Também no sentido negativo, uma vez que toma por necessária a análise da violação do dever de cuidado no caso concreto: PUPPE, *Strafrecht AT*, p. 74 ss.
 - 4 KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 100. Nos comportamentos dolosos, a solução se dá pela sistemática do concurso de pessoas, na medida em que há previsão das estruturas de participação diversas da autoria. Mas isso não significa que a proibição de regresso não possa ser um dos fatores que fundamentam o “término” da autoria e o “início” da participação *stricto sensu*, caso se parta, especialmente, de um conceito restritivo de autor, conforme se discutirá *infra* (item 7).
 - 5 Registre-se que *Frank* recusava a aplicação da teoria no caso de comportamento negligente subsequente. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 21. Veja-se, ainda: NAUCKE, *ZStW* 76, p. 410.
 - 6 Ainda que, atualmente, essas hipóteses sejam discutidas por meio das regras da imputação objetiva, sobretudo no que se refere à realização do risco no resultado no âmbito de proteção da norma.

e, por outras, bastante complexas, o que dificulta uma resposta unívoca. A própria definição de perigo, que impacta no conceito de risco proibido, pode variar conforme as circunstâncias⁷. Mas nada disso me impedirá de buscar essa resposta uniforme para o problema.

Como primeira aproximação, reporto-me a um caso clássico⁸: o caçador *A* ingressa em um bar e, de forma negligente, deixa a sua espingarda, carregada, junto à chapelaria, na entrada. *B* se envolve em uma luta com *C* e, ao avistar a arma, a apanha e alveja mortalmente *C*. Questiona-se: É possível imputar a *A* o delito de homicídio culposo⁹, ou a ação dolosa e responsável de *B* “rompe” o nexo de causalidade (ou o nexo de imputação¹⁰) no que se refere ao comportamento prévio de *A*?

Em linhas gerais, esse é o problema. Para enfrentá-lo, partirei de outros dois casos concretos, julgados pelo RG (*Reichsgericht* – Tribunal do Império alemão) e pelo OLG Stuttgart (*Oberlandesgericht Stuttgart* – Tribunal Estadual de Stuttgart) (seção 1), em que a matéria foi discutida de modo mais direto¹¹. Em seguida, desenvolverei a teoria da proibição de regresso em seus traços gerais (seção 2) e examinarei as teorias conflitantes: a) teoria da ruptura da relação de imputação; b) teoria da relação de imputação adequada; e c) teoria das esferas de responsabilidade limitada – *infra*, seções 3 a 5. Então, discutirei a questão da proibição de regresso em face do sistema extensivo-unitário, adotado, ainda que mitigadamente, no art. 29 do CP (seção 6). Ao final, apresentarei uma proposta de solução, que levará em conta o conceito restritivo de autor e a autonomia como critérios principais (seção 7).

1 Os casos

A título de contextualização, analisarei dois casos concretos que foram muito debatidos na literatura, especialmente à luz da proibição de regresso. Não pretendo verticalizar a análise, mas sintetizarei os contextos factuais e os fundamentos principais das decisões, para fins de preparar a discussão teórica dos itens seguintes.

7 Veja-se: SOUSA MENDES, *Causalidade complexa e prova penal*, p. 394.

8 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 21. Sobre o caso, veja-se, ainda: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 160 ss. Também: ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1195.

9 No sentido afirmativo: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 44.

10 Veja-se, sobre o exemplo: KREY/ESSER, *Strafrecht AT*, p. 140.

11 Sobre esses casos, confira-se, ao invés de muitos: ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 177 ss.

1.1 O caso do envenenamento (RGSt 61, 318)

W mantinha relacionamento amoroso com *M*, mas era casado com *F*. Em várias oportunidades, *M* dizia ao amante *W* que só poderiam ser felizes se a esposa desse, *F*, morresse. *M* deixou sob a guarda de *W*, negligentemente, uma substância venenosa a que, por disposição regulamentar, deveria ter acesso restrito. *W* se utilizou do veneno e matou *F*¹².

As perguntas foram: a) A relação de causalidade, em face do comportamento doloso de *W*, foi rompida? b) Deve incidir a proibição de regresso, de modo a se afastar a imputação do resultado (a título de negligência) no tocante à *M*? O RG respondeu a essas perguntas negativamente, afastando a proibição de regresso e reconhecendo o homicídio negligente por parte de *M*¹³. Os principais fundamentos dogmáticos da decisão foram esses: a) a incidência da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*)¹⁴, a qual se afigura de todo incompatível com a proibição de regresso¹⁵; e b) a previsibilidade objetiva do resultado, para *M*, que tinha razões para reconhecer a inclinação de *W* para a prática do fato¹⁶.

No tocante à questão de política criminal, consideraram-se ainda aspectos valorativos, inclusive relacionados à personalidade e motivação da agente (tida como indiferente em relação à vida da vítima), que apontariam para a necessidade de punição. Com essas valorações, o RG não se contentou em referir-se à teoria da *conditio sine qua non*, no sentido de que a primeira ação colocou uma condição relevante e indispensável para o resultado, mas também *valorou*, adicionalmente, a condição criada como “perigosa”. Tais considerações se destinaram fundamentar a perspectiva (objetiva) no sentido de que a primeira ação “causou objetivamente” uma morte¹⁷. Verifica-se, portanto, alguma confusão no plano da análise da relação de causalidade, com a inserção de aspectos valorativos, destacando-se que, à época, o instrumentário da teoria da imputação objetiva ainda não se encontrava disponível. De toda sorte, a decisão foi considerada correta pela doutrina majoritária, inclusive a contemporânea, especialmente em

12 Sobre o caso: RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver*, 1997, p. 161 e ss.; NAUCKE, Wolfgang. Über das Regreßverbot im Strafrecht. *ZStW*, 76 (1964), p. 409 e ss.

13 RGSt. 61, 318.

14 A respeito da evolução da teoria da equivalência das críticas a ela direcionadas, veja-se, ao invés de muitos: ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 79-88, 89 e ss.

15 Veja-se, explicativamente: ROXIN, Claus. *FS-Tröndle*, 1989, p. 177.

16 Considerando correta a decisão: ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1194.

17 Explicativo: NAUCKE, *ZStW* 77, p. 419.

face da reconhecível inclinação do agente doloso para o fato, o que afastaria a incidência do princípio da confiança¹⁸.

1.2 O caso do piromaníaco (OLG Stuttgart – JR 1997, 517)

O acusado, locador de um imóvel recentemente renovado, deixou, junto às escadas, vários materiais inflamáveis – como pedaços de tapete, panos, resto de madeira, etc. – utilizados na reforma. Um sujeito piromaníaco, residente no imóvel, notou os materiais e decidiu incendiá-los. Assim, ateou fogo a uma cartolina, que rapidamente se alastrou, incendiando toda a escada. A rota de fuga dos moradores do andar de cima foi bloqueada, a casa toda se incendiou e sete pessoas morreram¹⁹.

O OLG Stuttgart examinou o contexto factual especialmente à luz dos limites impostos, pelo princípio da confiança, ao dever de cuidado. O Tribunal considerou, em essência, que, em se tratando de materiais apenas “potencialmente perigosos”, ou seja, somente perigosos em casos de uso socialmente inadequado e atípico, o princípio da confiança não afasta o dever de cuidado se o uso inadequado se der por pessoas inexperientes (inimputáveis, v.g.). Contudo, a utilização dolosa de tais materiais – que são distintos de armas de fogo ou de produtos altamente inflamáveis e controlados – por parte de um terceiro imputável não pode conduzir à responsabilização do primeiro agente, pois isso estaria fora dos limites do dever de cuidado²⁰.

Em síntese, no julgado, a incidência da proibição de regresso foi discutida a partir dos próprios limites do dever de cuidado, limites esses que são variáveis em conformidade com o tipo de risco realizado pelo agente. Em se tratando de determinados riscos, o agente só responde pelo que for causado por inimputáveis; caso se trate, contudo, de produtos altamente perigosos e controlados, a utilização dolosa por agentes responsáveis não inibe, contudo, a imputação ao agente negligente, a este título.

18 Com referências: KÜHL, *Strafrecht AT*, p. 46.

19 Sobre o caso, PUPPE, *Strafrecht AT*, p. 74.

20 PUPPE, *Strafrecht AT*, 2016, p. 75; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1195.

Para boa parte da literatura²¹ a solução foi correta, pois a concretização do dever de cuidado deve partir de uma análise ao plano do princípio da confiança²², e não se pode alcançar uma solução geral; apenas o caso concreto permitirá a decisão. *Puppe, v.g.*, assinala que, em uma situação análoga, caso a residência não fosse privada, e sim um hotel, o dever de cuidado do responsável incluiria manter as escadas desbloqueadas, de modo que a atuação dolosa ou negligente de terceiro não afastaria a possibilidade de imputação²³.

Acredito que os dois julgados examinados brevemente já fornecem um panorama adequado da discussão, que passo, portanto, a desenvolver.

2 A doutrina da proibição de regresso

Como já indiquei, *Frank* foi o precursor da teoria da proibição de regresso²⁴. O argumento originalmente desenvolvido foi o seguinte²⁵: uma decisão livre sobre a realização de uma ação não pode ser “causada”, pois, caso contrário, não seria livre; o ato de vontade inaugura, portanto, uma nova relação causal, deixando o primeiro ato de ser um causa²⁶. Dito de outro modo: o comportamento do primeiro agente é excluído da relação causal em virtude da intervenção subsequente do terceiro, que atua de modo plenamente responsável. Essa é a versão da teoria da proibição de regresso em sua concepção “clássica”²⁷.

Já à época de *Frank*, a ideia geral da teoria da proibição de regresso foi objeto de múltiplas objeções. *Traeger*²⁸ considera que o fator decisivo será sempre a

21 PUPPE, *Strafrecht AT*, p.75; KÜHL, *Strafrecht AT*, p. 47 e 517; KRETSCHMER, *Jura* 2008, p. 265; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, p. 1195.

22 A considerar também, em casos assim, a solução pela via do princípio da confiança, veja-se: TAVARES, *Direito penal da negligência*, p. 298-299. Observa o autor que nos casos de ações dolosas subsequentes não basta, para a responsabilização do autor negligente, a mera previsibilidade, sendo necessária a identificação de que a conduta do terceiro esteja direcionada direta e imediatamente a um crime doloso.

23 PUPPE, *Strafrecht AT*, p. 76.

24 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 21 ss. Veja-se, com outras referências, a indicar o vínculo da teoria com a teoria da adequação (ao plano das teorias da causalidade): FRISCH, *JZ* 77, p. 972.

25 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 21.

26 Com efeito, Frank considerava que a expressão “ruptura da relação causal” é inexacta, pois o que se verifica é que a relação causal está presente, mas a primeira condição não seria uma causa. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1908, p. 21. Explicativamente: NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft*, p. 57.

27 Já então, também: LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 130. Tal como Frank, Liszt também sustenta que a ruptura somente se dá em caso de ação dolosa subsequente, mas não em hipótese de culpa. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 129.

28 TRÄGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, p. 178 e ss. Träger, apoiado na teoria da adequação, rejeita a ideia de que a relação de causalidade possa ser rompida, mesmo nos casos de intervenção de terceiro responsável.

adequação do curso causal, não se podendo afirmar, de modo generalizado, que em todos os casos de intervenção dolosa de terceiro haverá “ruptura da relação causal”. *Träger* sustentava, em linhas gerais, que não haverá ruptura naqueles casos em que, à luz da probabilidade objetiva, a primeira ação tenha contribuído para elevar o risco de um resultado do mesmo tipo daquele que ocorreu²⁹.

As versões contemporâneas da teoria, contudo, não mais fundamentam a exclusão da punição na relação causal (que não pode ser negada ao plano empírico), e sim na exclusão da imputação objetiva³⁰ do resultado³¹, ou da “relação de responsabilidade”, ou da “relação de risco”³². Mas a ideia de base permanece a mesma. Os argumentos principais que conferem respaldo à teoria, notadamente em sua versão contemporânea, serão desenvolvidos *infra* (item 3); as objeções mais relevantes se encontram nos itens 4 e 5, *infra*.

3 Teoria da ruptura da relação de imputação

Na perspectiva da teoria da ruptura da relação de imputação, o fato doloso praticado por um agente plenamente responsável implica na exclusão da primeira ação negligente, a qual não pode ser imputada³³.

29 TRÄGER, *Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht*, p. 187. Veja-se, sobre isso: NAUCKE, *ZStW* 76, p. 422, a observar que, embora Träger não aceite a proibição de regresso, acaba por atingir o mesmo resultado, ou seja, a impunidade da primeira ação.

30 A discutir a teoria nos casos de condutas neutras, mas sem recorrer às distinções qualitativas entre autores e partícipes: ROSSETTO, *A proibição de regresso enquanto elemento de imputação objetiva*, p. 149-150. O autor, sobretudo com respaldo na doutrina dos papéis sociais e das expectativas normativas, especialmente de Jakobs e Robles Planas, observa que, nas hipóteses em que o ato de intervenção – na conduta prévia – se adapta a um plano delitivo, a proibição de regresso não incide. Não posso, aqui, aprofundar essa discussão, sobretudo porque o objeto do presente texto se vincula ao comportamento precedente negligente. Mas há uma divergência de base, visto que o autor não considera que a solução do problema esteja vinculada ao conceito restritivo de autor (o que aqui se defende).

31 Confira-se, sobre isso: KREY/ESSER, *Strafrecht AT*, p. 140; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 468. Criticamente, a destacar as fragilidades da teoria da imputação objetiva e a propor que a proibição de regresso seja reinserida no campo da causalidade, desde que o conceito de causalidade não seja compreendido de modo “unidimensional”: MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação*, p. 191-192. Moura assinala que, em uma perspectiva diferenciadora, há dois planos distintos, o da relação entre precedente negligente, e o da relação entre pessoa e ação. É neste segundo plano que surge a “causalidade pessoal”, como uma “causalidade de autor”. Ao fim e a ao cabo, apenas o autor é “causa” no sentido jurídico do termo.

32 Explicativamente: OTTO, *Grundkurs Strafrecht AT*, p. 66. Veja-se, desenvolvivamente: ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 179 e ss.

33 Veja-se: NAUCKE, *ZStW* 76, p. 424, com argumentos de política criminal, a apontar para a desnecessidade, nesse caso, da punição a título de negligência, especialmente à luz da prevenção geral. OTTO, *Grundkurs Strafrecht AT*, p. 66-67; KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 146; LAMPE, *ZStW* 71, p. 615; JOERDEN, *FS-Puppe*, p. 719. No sentido da necessidade de se aplicar o conceito restritivo de autor aos crimes negligentes: MARTELETO FILHO, *De Legibus* 2, p. 107 ss.

Se as normas de Direito Penal pretendem determinar os comportamentos dos destinatários, elas somente podem exigir a evitação de resultados que se encontrem na esfera do domínio destes; mas esse domínio, enquanto capacidade de controle, termina para o primeiro agente no momento em que um terceiro, atuando de forma livre e com dolo, “toma as rédeas nas mãos” e produz o resultado³⁴.

Além disso, as normas tangentes ao concurso de pessoas (§§ 26 e 27 do *StGB* [*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão]; arts. 25 a 27 do Código Penal português), somente punem a *participação* na forma *dolosa*. Seria, assim, uma contradição normativa viabilizar a punição a título de *autoria* em face daquilo que a lei exclui a possibilidade de punição a título de participação³⁵. Isso, inclusive, subverteria o sistema amplamente defendido atualmente, do conceito restritivo de autor³⁶, cindindo-o entre o dolo (que se submete a este sistema) e a culpa, que teria que ser regulada pelo sistema extensivo³⁷.

Ainda no plano dogmático, *Beling* procurava resolver a questão exclusivamente à luz dos tipos da parte especial, sob o argumento de que a primeira ação não se adequaria à descrição do tipo penal (exemplos: matar, danificar, etc.), ressalvados os casos de autoria mediata³⁸.

Por fim, em termos de política criminal, sustenta-se que a punição do autor doloso já bastaria para restaurar a paz jurídica e a estabilidade da norma violada³⁹. Caso se optasse pela punição a título de negligência, seria necessário investigar todos os fatos precedentes de um ilícito doloso, o que implicaria em uma situação insuportável para os órgãos incumbidos da persecução penal.

A objeção ao argumento da perda do domínio consiste em que este deve ter por objeto de referência o primeiro comportamento – exemplo, deixar a arma carregada ao alcance de qualquer um em uma taberna –, e não o segundo com-

34 No sentido da incidência da proibição de regresso em virtude da perda do controle do acontecimento: BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, p. 116 ss.; WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regressverbot?*, p. 63 ss. Criticamente, por considerar o critério do controle impreciso, especialmente quando examinado à luz da evitabilidade: ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 181.

35 Veja-se, já então: LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 122; BAR, *Gesetz und Schuld in Strafrecht*, p. 221. Contemporaneamente: RENZIKOWSKI, *FS-Puppe*, p. 215. Também, no mesmo sentido: HRUSCHKA, *ZStW* 110, p. 610.

36 Inicialmente: ZIMMERL, *ZStW*, p. 45 ss., mas a analisar a questão sob a ótica de uma “interpretação restritiva do tipo”. Para um panorama contemporâneo, com referências, veja-se: SCHILD, *NK-StGB*, Vor § 25, p. 1080 e ss.

37 Para esta conclusão, veja-se: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 195.

38 BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, p. 27.

39 MAYER, *Strafrecht AT*, p. 138 ss.

portamento, que inclusive pode ser negligente⁴⁰. E, quanto ao comportamento negligente subsequente, parte da doutrina exclui a proibição de regresso⁴¹, o que tornaria incoerente a sua aplicação ao caso do dolo. Aduz-se que, da perspectiva da vítima, pouco importa saber se, do risco proibido gerado pelo primeiro agente, o segundo produziu o resultado lesivo a seus interesses dolosa ou negligentemente⁴².

No que se refere ao argumento da ausência de possibilidade da participação negligente em crime doloso, o que se pode replicar é que a imputação por autoria se revela autônoma, não sendo excluída pela lei. Note-se que a base dessa réplica deriva da adoção, para os crimes culposos, do conceito extensivo de autor⁴³, o que seria ainda mais plausível no sistema brasileiro, em face da adoção de um conceito unitário de modo geral (*infra*, 6). Caso se parta, também para os crimes culposos, de um conceito restritivo de autor, que torna as normas de participação em normas de extensão da punibilidade, a consequência é mesmo oposta⁴⁴. Aqui pode estar um bom caminho para se sustentar a proibição de regresso, e voltarei ao tema ao final (cf. *infra*, itens 6 e 7).

Por fim, os argumentos de política criminal não resolvem problemas sistemáticos⁴⁵, muito menos problemas deontológicos (no caso, os correlatos à autonomia e à autorresponsabilidade). Se as presunções relacionadas à desnecessidade de pena em todos os casos fossem demonstráveis – dificilmente o são –, a comprovação não bastaria para concluir sobre a sua correção normativa, salvo caso se assuma uma perspectiva marcadamente utilitarista do Direito Penal. Não me parece ser aqui que se encontra a possível correção da tese. Em termos de resultado, ou seja, de solução da imputação, a aplicação da teoria da proibição de regresso conduziria a negar a imputação do resultado nos dois casos descritos *supra* (do envenenamento e do piromaníaco).

40 Assim: KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 102.

41 Veja-se: FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, p. 21; LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 130.

42 Assim: KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, p. 102.

43 Assim: ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 178. Explicativamente (embora a rejeitar a tese): RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 162.

44 Assim: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 163. No mesmo sentido, já então: ZIMMERL, *ZStW* 49, p. 46 ss.

45 Assim: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 187.

4 Teoria da relação de imputação adequada

De modo geral, a posição dominante rejeita, com distintas propostas, a proibição de regresso⁴⁶. Talvez a teoria mais difundida, no sentido dessa refutação, seja a da relação de imputação adequada (*Lehre vom adäquaten Zurechnungszusammenhang*).

Para essa posição⁴⁷, se o comportamento negligente contribuiu com o resultado dolosamente produzido pelo terceiro, deve, a princípio, ser imputado⁴⁸. A exclusão da imputação somente é admitida se, segundo um padrão geral, o comportamento doloso for imprevisível, se encontrando fora da esfera da experiência da vida cotidiana ou caso a ação⁴⁹ dolosa subsequente se revele desvinculada do comportamento inicial⁵⁰. Ausentes tais condições, o agente negligente responde, a este título, pelo resultado⁵¹.

Sustenta-se, nuclearmente, que não há qualquer princípio ou regra jurídica a determinar que alguém pode se exonerar de um comportamento ilícito apenas com base na ocorrência de comportamento ilícito de outrem⁵². Aquele que, por exemplo, obtém autorização para possuir ou portar arma de fogo e viola as regras básicas para tanto (estabelecidas em leis e regulamentos específicos), cria um risco proibido; esse risco se realiza no resultado caso um terceiro, ainda que dolosamente, se utilize da arma de fogo para lesionar alguém. Isso porque as regras de cuidado com a arma e os requisitos para a sua posse são estabelecidos, se não apenas, também para impedir a utilização indevida de outrem⁵³.

É preciso agora olhar mais de perto para os fundamentos indicados, que justificariam a imputação. No tocante à previsibilidade, se trata de aferir se o com-

46 PUPPE, *NK-StGB*, Vor § 13, p. 544, a considerar que para os crimes culposos deve incidir o conceito unitário de autor e deve-se examinar se o contributo do agente, de algum modo, compôs o risco proibido que se fez presente no resultado. Com isso, para a autora, cada um que realiza um risco proibido fundamenta uma imputação.

47 Defendida por: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, p. 574: “A possibilitação ou facilitação de um fato doloso, pelo qual outrem poderia reconhecer e decidir, fundamenta a censura da negligência”. KINDHÄUSER, *Strafrecht* AT, p. 101-102; PUPPE, *NK-StGB*, Vor § 13, nm. 167; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 44, no sentido de que o comportamento do “*primus*” foi cocausal (*mitursächlich*) em face do “*secundus*”, não havendo espaço para ruptura da relação causal.

48 A afastar a imputação apenas em casos de riscos diminutos ou daqueles que devem ser consentidos em benefício de um interesse geral, em face da ponderação: FRISTER, *Strafrecht* AT, p. 128.

49 SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 58 ss.

50 Não é outra a posição de TRÄGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, p. 187.

51 Explicativo, com referências: HILLENKAMP/CORNELIUS, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 268.

52 FRISTER, *Strafrecht* AT, p. 127.

53 Assim: FRISTER, *Strafrecht* AT, p. 128.

portamento negligente continuou “transitando” (*Durchgängigkeitserfordernis*) até o resultado, e se a incidência do comportamento doloso era, de fato, objetivamente previsível⁵⁴. Essa a cautela necessária, segundo tal perspectiva, para fins de se delimitar, com um corretor normativo, a teoria da equivalência nessa situação.

Em termos de *ratio* da punição, argumenta-se que a facilitação de um delito doloso, pelo qual um terceiro, previsivelmente, poderia se decidir, fundamenta a censura negligente. Isso porque não há um princípio geral no sentido de que se deva presumir que todos se comportarão de modo leal ao Direito⁵⁵. Aquele que, por exemplo, atende aos requisitos legais para possuir uma arma de fogo, não pode, inobservando tais requisitos subjetivos, deixá-la acessível a qualquer pessoa, especialmente em um local público, como um bar⁵⁶.

O desafio está, nessa concepção, em estabelecer limites gerais para o afastamento da proibição de regresso, e a extensão em que se dá tal afastamento é variável. *Schumann*, v.g., sustenta que ninguém pode se solidarizar com o ilícito alheio, mas restringe a não incidência da proibição de regresso aos casos de *dolo-intenção*, ou seja, quedando fora as hipóteses de comportamento antecedente negligente e de dolo eventual. Com isso, contudo, o problema acaba por ser resolvido no âmbito das regras do concurso de pessoas, pois não há discrepância no elemento subjetivo (dolo-dolo).

O critério da “transição” ou “transitividade” do primeiro ato, até o resultado, defendido, sobretudo, por *Puppe*, afigura-se, nesse âmbito, adequado para se afastar uma extensão excessivamente ampla da imputação. A previsibilidade objetiva⁵⁷, por sua vez, também joga um papel relevante, inclusive a problemática dos desvios imprevisíveis e essenciais do curso causal⁵⁸. De toda sorte, para quem – como aqui – sustenta a prevalência geral da proibição de regresso, isso não se revela suficiente.

Por fim, para os defensores dessa concepção, a circunstância de a lei somente punir a participação dolosa não exclui a possibilidade de se punir o comportamento negligente a título de *autoria*⁵⁹. Se a lei não estabelece qualquer regra especial para a participação negligente, isso deve conduzir à aplicação das regras

54 KINDHÄUSER, *Strafrecht* AT, p. 102.

55 Assim: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch de Strafrechts* AT, p. 574.

56 Assim, por exemplo: FRISCH, *JZ* 77, p. 976 ss. Também, PUPPE, *NK-StGB*, Vor § 13, p. 539.

57 STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht* AT, p. 322.

58 KINDHÄUSER, *Strafrecht* AT, p. 102.

59 A observar que a própria existência das hipóteses de cumplicidade demonstra que a lei abre exceções à proibição de regresso, ainda que quanto aos casos dolosos isso se dê de modo expresso: PUPPE, *NK-StGB*, Vor § 13, p. 539.

gerais sobre a eficácia causal⁶⁰. Isso, como já assinaei, é sistematicamente problemático, pois se o legislador excluiu a punição em face do *auxílio material* há boas razões para considerar que não pretendeu que tal comportamento – típico do cúmplice – fosse punido como se autoria fosse. Mas não se trata de um argumento trunfo. A punição pelo comportamento negligente é extensivamente mais restrita e quantitativamente mais baixa, e o âmbito do dever de cuidado pode ser mais alargado, no que se refere à autoria.

No que toca ao resultado, a teoria da relação adequada de imputação conduziria a afirmar a responsabilidade no caso do veneno, pois o agente possuía todos os elementos para prever, objetivamente, e segundo as regras de experiência, que o resultado iria ocorrer. Já quanto ao caso do piromaníaco, a imputação seria afastada, pois não se pode prever, de modo objetivo, pela experiência cotidiana, que surja alguém com tais inclinações e realize o fato dolosamente.

5 Teoria do âmbito de responsabilidade delimitada

Para essa última concepção, a punição do primeiro agente não pode ser afirmada pela previsibilidade geral da segunda ação (item 4, *supra*), nem pode ser negada em razão da falta de relação de imputação (item 3, *supra*). Na verdade, a punição depende da determinação dos limites entre as esferas de responsabilidade dos participantes⁶¹.

Considera-se que, a princípio, todos devem poder confiar no comportamento adequado de terceiros. Contudo, isso não se dá em dois cenários (nos quais o primeiro agente deve ser responsabilizado): a) se houver razões para se reconhecer que há um delito em planejamento ou a inclinação do agente para cometê-lo; b) se o primeiro agente for o garante da evitação do resultado cujo curso causal iniciou⁶².

Frisch, em tais casos, realiza a análise com referência não apenas à responsabilidade plena do agente direto, mas também à luz de eventual violação de deveres específicos daquele que possibilitou a atuação ilícita. No exemplo da arma de fogo, *Frisch* indica os deveres específicos do possuidor, com fundamento na lei, inclusive no sentido de assegurar que terceiro não tenha acesso ao objeto⁶³.

60 Explicativamente: HILLEMKAMP/CORNELLIUS, *Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 269.

61 Teoria defendida, ainda que com variações nos fundamentos, por: ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 191 ss.; FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 303 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, p. 127; HEINRICH, *Strafrecht AT*, p. 450, com referências; KÜHL, *Strafrecht AT*, p. 46-47.

62 Explicativamente: HILLEMKAMP/CORNELLIUS, *Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 271.

63 FRISCH, *JZ* 77, p. 976.

Ao deixar a arma de fogo exposta em local público, o agente não circula na área delimitada de sua liberdade, mas sim cria um risco proibido, no sentido de que a arma seja utilizada para causar danos a outrem.

Roxin, por sua vez, busca soluções para os casos de incidência típica da proibição de regresso no âmbito da teoria geral da imputação objetiva, mais especificamente por meio da categoria do risco permitido e do “âmbito de proteção da norma”, recorrendo ao princípio da confiança como regra geral⁶⁴. Com isso, *Roxin* pretende evitar soluções inflexíveis ou do tipo “tudo ou nada”, apresentadas pela teoria da proibição de regresso, e indicar que os contornos do risco permitido são fixados a partir de uma ponderação de interesses no caso concreto. Neste contexto, o reconhecimento de indicadores de uma inclinação do agente para a prática do ilícito doloso já deve fixar os limites do risco permitido, embora isso se revele mais relevante no contexto do tráfego de veículos e não atenda a todas as situações⁶⁵. O autor reporta-se a um conhecido caso, apreciado pelo BGH (BGHSt 49,1), em que foi discutida a responsabilidade, a título de culpa, de dois médicos que autorizaram a saída de um paciente de uma clínica psiquiátrica, cientes do histórico de violência do paciente, e de sua inclinação para novos atos violentos da mesma espécie. No caso, o paciente perpetrou dois homicídios dolosos, e os médicos acabaram por ser condenados pelos homicídios, a título de culpa, afastando-se a proibição de regresso⁶⁶.

Mas a própria fluidez do princípio da confiança abre espaço para dúvidas sobre a sua aptidão para resolver os problemas inerentes à proibição de regresso. Seria o caso de sempre indagar, pelo contexto factual, se o agente que violou o dever de cuidado poderia ou não contar com um comportamento doloso de terceiro? Essa solução não parece satisfatória, seja em termos sistemáticos, seja em termos da necessária segurança jurídica.

Já *Jakobs* procura trabalhar a problemática da proibição de regresso com base nas esferas de organização/competências do sujeito⁶⁷ (posição de garante, ingerência, assunção). O sujeito não está apenas obrigado a não expandir a sua esfera de organização de modo a não lesionar (diretamente) terceiros, mas também é obrigado a assegurar, em casos de ingerência ou assunção, que a sua esfera de organização não seja utilizada para causar tais danos. O ponto de inflexão está nos papéis sociais e nas expectativas normativas a eles direcionadas. A partir da responsabili-

64 ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 186 ss. Veja-se, ainda: ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1193 ss.

65 ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 187 ss.

66 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1194.

67 JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 697, ao se referir à possibilidade, ou não, de o primeiro agente se distanciar do resultado.

dade por organização, *Jakobs* avalia em que medida alguém pode ser responsável por um comportamento de terceiro, o que se dará, essencialmente, nos casos em que se verifique uma organização comum em um contexto evidentemente delitivo, em que o comportamento do primeiro agente não pode se distanciar do resultado⁶⁸.

No que toca ao resultado, a teoria do âmbito de responsabilidade conduziria a afirmar a responsabilidade no caso do veneno, pois o agente possuía todos os elementos para identificar que o resultado iria ocorrer, em razão da conhecida inclinação do autor direto para o fato. Já, quanto ao caso do piromaníaco, a imputação seria afastada, pois não se pode prever, de modo objetivo, pela experiência cotidiana, que surja alguém com tais inclinações e realize o fato⁶⁹. Em síntese, as teorias da “relação adequada de imputação” e da “área de responsabilidade delimitada” conduziriam aos mesmos resultados em termos de imputação ao primeiro agente.

6 O sistema brasileiro e o conceito extensivo-unitário de autor: possíveis impactos na discussão da proibição de regresso

Delineadas as principais posições/teorias, cumpre examinar, brevemente, o sistema brasileiro do concurso de pessoas, para fins de verificar se há algum óbice intransponível ao acolhimento da teoria da proibição de regresso.

Sustenta-se, majoritariamente, que o Código Penal brasileiro, no art. 29, acolheu, ainda que com mitigações, a teoria monista-unitária⁷⁰, na medida em que não fez diferenciações expressas entre autor e partícipe.

Nos moldes de um sistema *unitário*, qualquer espécie de contributo causal do agente para o fato, seja a título de facilitação indireta, seja a título de execução de conduta nuclear do tipo, conduz à autoria⁷¹. Nos termos do *conceito extensivo* de autor, geralmente – mas não necessariamente – vinculado ao sistema monista, as normas que definem os casos de participação *stricto sensu* (exemplos: §§ 26 e

68 JAKOBS, ZStW 89, p. 7, 11, 20 e 34. Explicativamente, veja-se: ROSSETTO, *A proibição de regresso enquanto elemento de imputação objetiva*, p. 128-129.

69 Na perspectiva de *Jakobs*, a solução se daria pela ausência do contexto do plano delitivo: JAKOBS, ZStW 89, p. 25 e 32; JAKOBS, *Strafrecht AT*, p. 214 e 696.

70 SOUZA, *Direito penal PG*, p. 422; PRADO, *Curso de direito penal brasileiro PG*, p. 471; SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 504, a apontar para uma teoria unitária temperada, em face do § 1º do art. 29 e art. 31 do CP.

71 Explicativamente: CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 67 ss. Após uma análise da evolução histórica nos Códigos Penais, a autora esclarece que, tanto no CP de 1940 quanto na reforma de 1984, houve adesão ao sistema monista, ainda que de modo “mitigado”, em virtude, especialmente, da previsão da “participação de menor importância” (§ 1º do art. 29 do CP). De se ver, contudo, que a autora postula que a adoção do sistema monista se deu como um “sistema de penas”, mas não como “adoção real do conceito extensivo de autor”, que seria incompatível com a prática punitiva no Estado Democrático de Direito. CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 321.

27 do StGB (CP Alemão), e 26 e 27 do CP Português) seriam normas de *restrição* da área de punibilidade a título de autoria⁷².

De qualquer sorte, a adoção da “teoria monista” pelo legislador brasileiro não impediu que a doutrina apontasse para as distintas formas de participação, especialmente em face da necessidade de se distinguir o plano da *causalidade* do plano da *responsabilidade*, sendo certo que, no último, devem ser diferenciadas quantitativa e qualitativamente as esferas de responsabilidades dos agentes⁷³. O conceito unitário da lei, assim, se circunscreveria ao sistema de penas⁷⁴, não impedindo a diferenciação entre as categorias de concurso, nem a aplicação, nesse campo definatório-dogmático, do conceito restritivo⁷⁵.

Em linhas gerais, segundo o conceito *restritivo*, o autor é aquele que executa o comportamento típico (exceção feita à autoria mediata)⁷⁶; os comportamentos acessórios, definidos nas normas de participação *stricto sensu*, são tipificados no sentido de uma extensão da punibilidade, punibilidade essa que não haveria sem elas⁷⁷.

Pois bem. Compreendendo-se o art. 29 do CP, ao menos em termos materiais, como uma norma de *extensão da punibilidade*, em virtude da necessidade de se interpretar a responsabilidade de cada um de modo individualizado – corolário da responsabilidade penal pessoal⁷⁸ –, abre-se o caminho para a diferenciação entre as formas de concurso de pessoas⁷⁹, permitindo-se visualizar as categorias da *autoria*, da *coautoria* e da *participação (stricto sensu)*⁸⁰, sob a base de um “sistema unitário mitigado”⁸¹. Não por caso, é pacificamente sustentado, na literatura brasileira, que não pode ocorrer participação culposa em delito doloso⁸²

72 Explicativamente: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 11. Me refiro, aqui, às normas dos CPs português e alemão exatamente porque, no Brasil, como apontado, as distinções não são explícitas. Destaque-se que o presente artigo não pretende discutir o problema da categoria da proibição de regresso de modo circunscrito ao sistema jurídico brasileiro, como parece óbvio.

73 Assim: BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 258 ss.

74 SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 504.

75 CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 321. No sentido de que a distinção entre autoria e participação é um problema de tipo, e não de merecimento de pena: GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 72.

76 Sobre a classificação, na literatura brasileira: BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 266.

77 Explicativamente, veja-se: KÜHL, *Strafrecht* AT, p. 732.

78 A respeito das objeções ao conceito extensivo, precisamente por provocar uma erosão do próprio tipo penal e, por conseguinte, do princípio da legalidade: GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 50.

79 Veja-se: GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 70 ss.

80 Veja-se: CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 322; SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 504.

81 Assim, por exemplo: BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 43.

82 Com o exemplo do funcionário que deixa, por negligência, a porta aberta, permitindo a entrada do ladrão: BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 262. Veja-se, ainda, no sentido da inadmissibilidade da participação em delitos culposos:

e vice-versa, ao que a doutrina justifica sob o fundamento da necessária homogeneidade do elemento subjetivo entre os participantes.

Também sob as bases da *teoria do domínio do fato* – amplamente aceita nas literaturas estrangeira⁸³ e brasileira⁸⁴ –, *autor* é quem domina o fato como figura central, podendo, segundo a sua vontade, evitar o fato, conduzi-lo ou coproduzi-lo⁸⁵. Por outro lado, o *partícipe* é aquele que não domina o fato e, como figura acessória, promove a perpetração ou, de algum modo, a solicita, a incentiva ou a determina. Trata-se, na participação *stricto sensu*, de uma “contribuição sem domínio”⁸⁶.

Ora, consideradas tais premissas, compatíveis com uma interpretação possível do art. 29 do CP e do próprio sistema geral do Código Penal (notadamente dos arts. 29, § 1º, e 31), o que se pode inferir é que se o agente negligente realiza um comportamento de *partícipe* e se não há *participação culposa em delicto doloso*⁸⁷, ele não pode ser punido como se *autor* fosse.

Em poucas palavras: o sistema normativo brasileiro não refuta a possibilidade de se reconhecer a proibição de regresso, ainda que, por outro lado, não imponha essa interpretação. A rigor, portanto, o sistema brasileiro se afigura compatível com qualquer uma das concepções indicadas nos itens 3, 4 e 5, *supra*.

7 Posição defendida

A solução para o problema, em termos dogmáticos e sistemáticos, encontra-se no conceito restritivo de autor (em sua correlação com o princípio da legalidade) e na correta interpretação dos princípios da autonomia e da autorresponsabilidade, que subjazem a ele.

SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 522; SOUZA, *Direito penal* PG, p. 435; BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 81; GALVÃO, *Direito penal* PG, p. 478; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 365; TAVARES, *Direito penal da negligência*, p. 297. Em síntese, desconheço qualquer posição divergente acerca do tema, restringindo-se alguma disputa exclusivamente no que toca à questão da coautoria em crimes culposos, tema, contudo, que não possui relevância para a discussão aqui realizada.

83 Veja-se: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 768 ss., com um balanço sobre o estado atual da teoria e múltiplas referências sobre seu predomínio, notadamente nos comentários e manuais alemães.

84 Veja-se: GALVÃO, *Direito penal* PG, p. 441; MACHADO, *Do concurso de pessoas*, p. 272 ss.; SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 506, com referências. Para um estudo mais detalhado da teoria no Brasil, e com críticas à inexistência do próprio conceito de domínio, confira-se: ALFLEN, *Teoria do domínio do fato*, p. 151 ss., destacando-se que o autor acolhe um conceito “unitário funcional” (p. 169 ss.).

85 WELZEL, *ZStW* 58, p. 491, 539; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 29 ss., sobre o conceito geral, e p. 141 ss., mais especificamente sobre o domínio de ação.

86 GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 65.

87 Com várias referências, SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 522 e nota 82, *supra*.

Partindo-se de um conceito restritivo – predominantemente reconhecido, sobretudo na literatura estrangeira, para os crimes dolosos⁸⁸ –, tudo aquilo que se encontre em etapa anterior ao comportamento doloso de um agente, como autor, está no âmbito das normas de participação⁸⁹.

O autor é aquele que possui o domínio sobre a própria ação (no conceito-base, do autor imediato ou direto – sem ingressar, porquanto aqui desnecessário, na problemática da autoria mediata) e ataca, diretamente, o bem jurídico. Aquele que contribui para o fato do autor e ataca mediatamente o bem jurídico (determinando ou auxiliando a prática do fato) se insere no campo da participação *stricto sensu* (instigação e cumplicidade)⁹⁰.

Obviamente, o acolhimento dessa proposta pressupõe que se julgue normativamente correto o conceito restritivo de autor⁹¹ e que se recuse – agora em oposição à doutrina majoritária tanto no Brasil como na literatura estrangeira⁹² – a aplicação de um conceito extensivo-unitário aos crimes culposos⁹³. Mas há boas razões tanto para que esse conceito restritivo seja considerado normativamente correto, como também aplicável aos crimes culposos.

Com o acolhimento da teoria do injusto pessoal, é preciso que as esferas de responsabilidade de cada um sejam estritamente individualizadas, pena de uma recaída em uma compreensão do injusto como simples causação do resultado⁹⁴. Essa, aliás, talvez seja a principal correção normativa do conceito restritivo de autor, inclusive ao plano dos crimes negligentes: o que se imputa ao agente como

88 Com referências: SCHILD, *NK-StGB*, § 25, p. 1079.

89 Assim: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 177. E a indicar que há, precisamente, em tais casos, a incidência da proibição de regresso para que o comportamento antecedente se enquadre como instigador, veja-se: MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação*, p. 190.

90 RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 127 e ss.

91 Veja-se, sobre isso: veja-se: SCHILD, *NK-StGB*, Vor § 25, p. 1080 ss.

92 No sentido da aplicação do conceito extensivo-unitário para os crimes culposos: ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, p. 1193, com referências; KÜHL, *Strafrecht AT*, p. 737, com referências; STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht AT*, p. 324; FREUND, *Strafrecht AT*, p. 377. Na literatura brasileira, veja-se: CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal PG*, p. 365, ainda que de modo não explícito.

93 Em defesa da aplicação do conceito restritivo de autor aos crimes negligentes: MARTELETO FILHO, *De Legibus 2*, p. 96 ss.

94 A causalidade não pode ser compreendida de modo unidimensional, reduzindo-se a atuação humana a um elo qualquer da causalidade empírica. Veja-se, sobre isso: MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação*, p. 192. Veja-se, ainda: GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 53, a respeito da autoria como realização do tipo através de uma ação: “Matar alguém significa, portanto, empreender a ação de matar, e não causar o resultado morte”.

autor é, em tais casos, uma “causação negligente”, e não uma “causação *per se*”, no sentido de um contributo causal qualquer para o resultado⁹⁵.

Independentemente da discussão acerca da identidade ou diversidade das normas de comportamento direcionadas ao autor e ao partícipe⁹⁶, tem-se que o último cria razões operativas para que o bem jurídico seja violado por um autor direto, de modo que o primeiro não produz (diretamente) o fato proibido pela norma⁹⁷. Isso também se pode visualizar sob o enfoque de que o partícipe viola a incumbência (*Obliegenheit*) de não se envolver no ilícito alheio, fornecendo (*lato sensu*) uma máxima de injusto ao concidadão⁹⁸; se o fizer, deverá responder, extraordinariamente, pelo injusto *alheio* como *alheio*.

No tocante à negligência, embora o agente possa ter violado essa proibição de perigo ou essa incumbência (ou seja, como partícipe!), optou-se, nos casos da Alemanha e de Portugal de modo expresso, pela não punição da participação negligente⁹⁹. E se não ocorreu uma violação “de autor”, à luz do tipo penal específico (© exemplo: *matar alguém*), não se pode punir aquele que é *partícipe*, como se *autor* fosse¹⁰⁰.

95 Assim, corretamente: SCHILD, *NK-StGB*, Vor § 25, p. 1082. Como já observei no item 6, a adoção do conceito restritivo prevalece na Alemanha e em Portugal, sendo mais controvertida no Brasil, especialmente em virtude da redação do art. 29 do CP.

96 No sentido de que a norma de comportamento é a mesma para o autor e para o partícipe, veja-se: CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 321 ss. Para a autora, tanto o autor quanto o partícipe violam a mesma norma de comportamento; contudo, o primeiro viola um “dever primário” (exemplo: não matar) e o segundo viola um “dever secundário” (por exemplo, não fornecer a alguém razões para matar). São, assim, obrigações distintas perante a mesma norma. Já, no sentido de que as normas de comportamento direcionadas ao autor e ao partícipe são distintas, veja-se: RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 123 ss. O autor sustenta que o partícipe não viola diretamente o bem jurídico, mas contribui, mediadamente, para tal violação; a norma de comportamento a ele direcionada consiste em não contribuir para o ilícito alheio, sendo, portanto, distinta da norma direcionada ao autor. De uma forma ou de outra, mesmo na primeira perspectiva se reconhece que os títulos de imputação são distintos, o que confere autonomia às categorias da autoria e participação, de modo compatível com um conceito restritivo de autor. Para o presente texto, portanto, o que se tem é que as duas perspectivas são compatíveis com a proibição de regresso nos moldes defendidos. A discussão ao plano da teoria das normas não pode ser verticalizada aqui.

97 CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 323 ss. Proximamente, e a aplicar o conceito restritivo aos delitos negligentes: MORÃO, *Anatomia do Crime 2*, p. 132. Destaque-se que a criação de razões operativas possui relação com a estrutura de instigação, mas não deixa de se conectar ao auxílio, desde que se compreenda “criação de razões”, no sentido de *fomentar* ou *facilitar* o ilícito do autor.

98 No sentido de que isso fundamenta uma imputação extraordinária do injusto alheio como alheio: MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação*, p. 645.

99 Quanto ao Brasil, embora não haja norma específica, remeto à nota 82, *supra*, para concluir no sentido da impunibilidade da participação culposa em crime doloso de outrem. Nesse sentido, veja-se, ainda D'AVILA, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, p.78, destacando-se, contudo, que o autor propõe resolver o problema à luz da imputação objetiva, e não pela via do conceito restritivo de autor.

100 Assim: RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 178 ss.

Insta-se nisso: não há, *lege lata*, espaço para “participação” negligente em crime doloso. Nada impede que o legislador, no futuro, opte por outro caminho. Se houver uma lacuna de punição, em face do sistema adotado, e se não há solução sistemática coerente para a sua superação, então o “preço a ser pago” deve ser a ausência de punição¹⁰¹, e não a adoção setorial de um conceito extensivo de autor (apenas) para os crimes culposos.

Por último: a compreensão das estruturas da autonomia e da autorresponsabilidade, diretamente associadas à própria teoria do injusto pessoal, também conduzem à aplicação da proibição de regresso.

O que a autonomia exclui não é, bem entendido, a imputação de *responsabilidade*, mas sim a imputação de um *fato*, como *obra sua*, a alguém, em caso no qual um autor o tenha realizado autonomamente. Essa imputação se dará, exclusivamente, pela via do auxílio ou da instigação, mas não da autoria¹⁰². Essa a questão, e apenas essa.

Assim, se um agente autônomo, plenamente responsável, inaugura um novo curso de ação, a esfera de responsabilidade em que o resultado recai é a dele, e não a do agente negligente anterior, que *causalmente* contribuiu para o ilícito. Exceção para isso ocorre apenas nos casos de contributo doloso, em que o fato deve ser interpretado como “trabalho comum”, mas onde não se nega que a proibição de regresso implique em classificar o primeiro agente como *instigador* ou *cúmplice*¹⁰³.

Considerações finais

1. O pensamento inicial de *Frank*, no sentido de que a intervenção de um agente doloso implica no afastamento da responsabilidade do primeiro agente negligente, merece acolhimento integral.
2. O conceito restritivo de autor, que possibilita uma adequada divisão das esferas de responsabilidade, diferenciando, à luz do tipo objetivo,

101 Note-se que muitos dos casos em que os defensores da proibição de regresso postulam a quebra da relação de imputação também são resolvidos de modo análogo – em termos de resultado – pela teoria da imputação objetiva, seja pela via da previsibilidade, seja pela via ausência de uma relação de risco concreta entre o comportamento e o resultado. Ou seja, não são todos os casos em que se afasta a imputação, pela via da proibição de regresso, que seriam imputados ao agente pela instrumentalização da teoria da imputação objetiva. A “lacuna de punição” não possui, portanto, a extensão que aparenta. Veja-se: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 180.

102 RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 75.

103 Como se anotou *supra*: MOURA, *A conduta prévia e a culpa na comparticipação*, p. 191.

o autor do partícipe *stricto sensu*, deve se aplicar aos crimes dolosos e culposos, indistintamente.

3. A autonomia e a autorresponsabilidade do homem da frente implicam em que o risco proibido criado culposamente, pelo homem de trás, não possa mais ser considerado como “causa”, no sentido pessoal, do resultado. A proibição de regresso não incide, portanto, nos casos em que o homem da frente seja inimputável ou atue em situação de necessidade, e o homem de trás se enquadre na posição de garante.
4. Se o homem de trás não “causa”, com a sua ação, o resultado; se ele apenas fornecer razões operativas (*lato sensu*, incluindo-se o auxílio material) para a ação do autor ou viola a incumbência de não se envolver em ilícito alheio, ele não pode ser *autor*.
5. O sistema de concurso de pessoas, seja de modo expresso, em Portugal (arts. 26, parte final, e 27 do CP) e na Alemanha (§§ 26 e 27 do *StGB*), seja de modo implícito, no Brasil, não prevê a punição da participação culposa em crime doloso. Portanto, incidindo a proibição de regresso, e não sendo o comportamento do primeiro agente um *modus* de autoria, não há, *lege lata*, lugar para a punição.
6. Consequências: nos casos do veneno (item 1.1) e do piromaníaco (item 1.2), partindo-se das premissas *supra*, não deveria haver, portanto, imputação do resultado ao agente negligente, em face de seu comportamento prévio.

Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAR, Carl Ludwig von. *Gesetz und Schuld in Strafrecht*. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Berlin: J. Gutentag, 1907.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no Direito Penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 5. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1919.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. II, 1959.

BURGSTALLER, Manfred. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*. Wien: Manz, 1974.

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.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1908.

FREUND, Georg. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre. 2. Auflage. Berlin: Springer, 2009.

FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1988.

FRISCH, Wolfgang. Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege: Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems. *JuristenZeitung*, [s.l.], v. 77, n. 22, p. 971-980, 2022. (= Sobre a teoria da imputação objetiva: uma história de sucesso e equívocos – Ao mesmo tempo, uma contribuição à necessidade de revisão do sistema do fato punível. Tradução: João Pedro Ayrosa. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 1-36, 2024. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2024v9n1p1-36.)

FRISTER, Helmut. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2015.

GALVÃO, Fernando A. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. A autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (= *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002).

HILLENKAMP, Thomas; CORNELIUS, Kai. *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*. 15. Auflage. München: Vahlen, 2017.

HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 110, n. 3, p. 581-610, 1998. DOI: 10.1515/zstw.1998.110.3.581. (= Prohibición de regreso y concepto

de inducción. Consecuencias. Tradução: Pablo Sánchez-Ostiz. *Revista de Derecho penal y Criminología* (2ª época), [s.l.], n. 5, p. 189-220, 2000.)

JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung. Berlin. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 89, p.1-35, 1977. DOI: 10.1515/zstw.1977.89.1.1. (= La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Tradução: Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther. *Moderna dogmática penal*. Estudios compilados. México, D.F.: Porruá, 2006. p. 349-387.)

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1991. (= *Derecho penal*. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução: José Luís Serrano Gonzáles de Murillo e Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997.)

JOERDEN, Jan. Die Struktur der mittelbaren Täterschaft. In: PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 563-580.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013.

KREY, Volker; ESSER, Robert. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

KRETSCHMER, Joachim. Die Nichteheleiche Lebensgemeinschaft in ihren strafrechtlichen und strafprozessualen. *Juristische Ausbildung*, Berlin, n. 2, p. 265-271, 2008.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Berlin: Springer, 1997.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. München: Vahlen, 2012.

LAMPE, Ernst-Joachim. Täterschaft bei fahrlässiger Straftat. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 71, n. 4, p. 579-616, 1959. DOI: 10.1515/zstw.1959.71.4.579.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1903.

MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

MAYER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Stuttgart: Kohlhammer, 1967.

MARTELETO FILHO, Wagner. Coautoria e autoria mediata negligentes: "Cada uma falha por si"? *De Legibus*, Lisboa, n. 2, p. 85-109, 2021. DOI: 10.24140/dlb.vi.2.7847.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MORÃO, Helena. Problemas de participação negligente no exercício da medicina em equipa – A propósito do acórdão da relação de Lisboa de 6 de julho de 2009, Processo nº 6172/06. 3DLSB-3. *Anatomia do Crime*, Lisboa, n. 2, p. 130-145, 2016.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na participação*. Lisboa: Âncora, 2022.

NAUCKE, Wolfgang. Über das Regreßverbot im Strafrecht. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 76, n. 3, p. 409-440, 1964. DOI: 10.1515/zstw.1964.76.3.409.

NOLTENIUS, Bettina. *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft*. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre. Berlin: Peter Lang, 2003.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. Allgemeine Strafrechteslehre. 7. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2004.

PRADO, Luís Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUPPE, Ingeborg. Vor § 13. In: KINDHÄUSER, Urs (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2016.

RENIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1997.

RENIKOWSKI, Joachim. Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich? In: PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 201-216.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROSSETTO, Luiz Henrique Cavalheiro. *A proibição de regresso enquanto elemento de imputação objetiva: uma análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas “ações neutras”*. 2021. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21072022-101419/pt-br.php>. Acesso em: 18 jun. 2024.

ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; VOGLER, Theo (Hrsg.). *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*. Berlin: De Gruyter, 1989. p.177-200. (= Observaciones sobre la prohibición de regreso. Tradução: Marcelo A. Sancinetti. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 19-44, 1997.)

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 10. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2019.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.

SCHILD, Wolfgang. Vor § 25. In: KINDHÄUSER, Urs (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Teoria geral do crime*. 3. ed. Belo Horizonte: De Plácido, 2024.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STRATENWERTH, Günther; KÜHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. München: Vahlen, 2012.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: um contributo à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TRÄGER, Ludwig. *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht: Zugleich e. Beitr. zur Auslegung des B.G.B.* Marburg: N.G. Elwert, 1904.

WEHRLE, Stephan. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regressverbot?* Basel: Helbing & Lichtenhalm, 1986.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1969. (Há tradução parcial para o espanhol, levada a cabo por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.)

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 58, p. 491-566, 1939. DOI: 10.1515/zstw.1939.58.1.491. (= Estudios sobre el sistema de derecho penal. In: WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 15-120.)

ZIMMERL, Leopold. Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 49, p. 39-54, 1929. DOI: 10.1515/zstw.1929.49.1.39.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Agradecimentos

Agradeço a Bruno de Oliveira Moura, Beatriz Corrêa Camargo e Guilherme Francisco Ceolin pela leitura atenta e pelos comentários feitos durante a execução do artigo. Atividade realizada junto ao Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa.

Sobre o autor:

Wagner Marteleto Filho | E-mail: wmartelete@gmail.com

Doutor em Direito (Universidade de Lisboa/Portugal). Promotor de Justiça (MPMG).

Recebimento: 19.06.2024

Aprovação: 06.08.2024