

COAUTORIA E AUTORIA MEDIATA NEGLIGENTES: “CADA UM FALHA POR SI”?

WAGNER MARTELETO FILHO*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Trabalho em equipa e princípio da confiança: relações. 2. Divisão vertical e horizontal do trabalho. 3. Coautoria e autoria mediata negligentes: a extensão do dever de cuidado e o problema da proibição de regresso. 3.1 Primeiro cenário: ação negligente do homem de trás e ação não-negligente do homem da frente. 3.2 Segundo cenário: ação negligente do homem de trás e ação negligente do homem da frente. 3.3 Terceiro cenário: ação negligente do homem de trás seguida de uma ação dolosa do homem da frente. 4. Considerações finais.

RESUMO: No presente artigo, após uma breve análise da incidência do princípio da confiança em situações de divisão horizontal e vertical de trabalho, examina-se a possibilidade de se reconhecer a coautoria e a autoria mediata negligentes, em oposição à aplicação do “conceito extensivo de autor”, para a solução de casos de causalidade controvertida e de instrumentalização do “homem da frente”. Conclui-se por defender um conceito restritivo de autor e, por conseguinte, pela necessidade de se operar com as categorias da coautoria e da autoria mediata também nos crimes negligentes.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da confiança; divisão de trabalho; coautoria negligente; autoria mediata negligente; conceito restritivo de autor.

ABSTRACT: After a brief analysis of the trust's principle incidence, in horizontal and vertical division of work, this paper examines the possibility of recognizing “negligent co-perpetration” and “negligent perpetration by means”, as opposed to application of the “extensive concept of perpetrator”, to solve cases of controversial causality and of the innocent perpetrator instrumentalization. It is concluded by defending a restrictive concept of perpetrator and, therefore, by the need to operate with the categories of co-perpetration and perpetration by means also in negligent crimes.

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais – Brasil.

KEYWORDS: trust's principle; division of work; negligent co-perpetration; negligent perpetration-by-means; restrictive concept of perpetrator.

INTRODUÇÃO

O que está em causa, essencialmente, neste breve artigo, é saber se existem boas razões para se trabalhar com um conceito restritivo de autor ao plano da negligência, recorrendo-se às estruturas de imputação da coautoria e/ou de autoria mediata, ao invés de, em distinção ao caso doloso, se operar com um conceito alargado de autoria.

Como é sabido, um risco se realiza quando os fatores que o compõem são causais para o resultado.¹ Daí que a estrutura da coautoria tenha a função de estender ao participante a responsabilidade pelo resultado, seja em situações nas quais não se pôde estabelecer a aludida causalidade específica do comportamento (ex.: apenas o disparo de um dos agentes – que estão concertados – atinge a vítima, mas não se sabe qual deles), seja em situações nas quais resta claro que a relevância causal foi apenas do comportamento de um dos agentes, mas entende-se por justificável, e legítima, a punição de todos, como coautores², em virtude do plano comum e da atuação no curso da execução, com contributos da mesma categoria.³

Por outro lado, ainda que haja um plano comum, nem sempre todos os que nele se envolvem terão a mesma responsabilidade. Reconhece-se que a autoria e a participação *stricto sensu* (cumplicidade)⁴ são diferentes títulos de responsabilidade, ou distintas estruturas de imputação, por um mesmo evento.⁵ O autor é primariamente responsável pela lesão do bem jurídico,

1 Ingeborg Puppe, In: Urs Kindhäuser *et al.* (Hrsg.). *NomosKommmentar. Strafgesetzbuch, Band 1.* (4. Aufl.). Baden-Baden: Nomos 2013, §13, n.m.182.

2 Refiro-me aqui ao conceito específico de coautoria (art.26 do CP), espécie do conceito geral “comparticipação”, juntamente com o de cumplicidade (art.27 do CP). Na literatura portuguesa, veja-se: Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral. Tomo I.* 2 ed. (Coimbra: Coimbra, 2012), 791, no sentido de que “é também punido como autor quem tomar parte directa na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros”. Trata-se de um “condomínio do facto”.

3 Como exemplo, refiro-me ao conhecido caso “rolling stones” de que tratarei a seguir.

4 Apenas para esclarecimento, o termo utilizado, na Alemanha e no Brasil, para a designação do cúmplice (embora com inclusão do instigador) é participação (*Teilnahme* -§§26 e 27 *StGB*).

5 Na correta advertência de Puppe, a coautoria é a forma mais intensa de imputação, nos casos de participação *lato sensu*. O coautor, dentre todos os participantes, é o que recebe o pior tratamento, pois, em oposição ao instigador e ao cúmplice, a ele se imputa o fato de outrem integralmente, como se ele mesmo o tivesse executado. *Wider die fahrlässige Mittäterschaft.* GA 2004, 131.

pois dele depende o “se” e o “como” do facto⁶, enquanto o cúmplice tem uma posição de responsabilidade secundária, na medida em que a eficácia de seu contributo depende da decisão (final) do autor⁷. Disso decorre que o cúmplice apenas pode auxiliar (material ou moralmente) o autor a executar o fato, participando na obra do último.

De jure condito, por expressa opção legislativa, a participação/cumplicidade negligente não é punida nos sistemas portugueses (art.27, 1, do CP) e alemão (§§26 e 27 *StGB*), uma vez que só se faz prevista a participação/cumplicidade dolosa.⁸ Assim, ou bem o agente será enquadrado como autor (direto), sob a base de um conceito extensivo-unitário, ou bem ele não será punido, caso sua atuação (ou omissão) se catalogue como mera participação (*Beihilfe* e *Anstiftung*, no sistema alemão) ou cumplicidade (na linguagem do legislador português).

Mas essa disciplina normativa específica não afasta a relevância da discussão acerca da extensão do conceito de autor, nem tampouco da possibilidade de se reconhecer a coautoria e a autoria mediata negligentes. Há, em uma palavra, importância dogmática e também prática para esta discussão, pois, a depender da posição defendida, um agente que seria punido como autor individual (a partir de um conceito extensivo) pode restar impune (a partir de um conceito restritivo, caso seja enquadrado como cúmplice), e um agente que não seria punido como “coautor” pode ver o resultado imputado contra si (a título de imputação recíproca, por coautoria).

Talvez a principal barreira da punição a título de coautoria (ou participação/cumplicidade), conforme assinala Greco, consista no caráter personalíssimo

6 Acerca do domínio funcional, veja-se, na literatura portuguesa: *O início da tentativa do co-autor : contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria* (Lisboa: Danúbio, 1993), 145.

7 Veja-se: Harro Otto, *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*, In: Manfred Seebode, *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Walter de Gruyter), 271.

8 No Brasil, em que se adota o sistema “monista-unitário”, no artigo 29 do CP, não há disciplina específica do tema aqui em discussão. A doutrina amplamente majoritária considera possível a coautoria em crimes negligentes, mas não a participação. Sobre isso, vejam-se: Guilherme de Sousa Nucci, *Manual de Direito Penal*. (16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020), 302-303. Criticamente: Luís Flavio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina. *Direito Penal, Parte Geral*. V. 2. São Paulo Revista dos Tribunais, (2007), 501, a sustentarem que na negligência o que pode haver é apenas autoria colateral, mas não coautoria. Para um panorama geral do desenvolvimento do tema do concurso de agentes no Brasil, veja-se, ao invés de muitos: Nilo Batista, *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no direito brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, (2005), 29 e ss.

do crime, como uma falha pessoal, e da pena, como uma sanção personalíssima imposta a esta falha.⁹ Mas será esta barreira intransponível?

A problemática geral da coautoria negligente perpassa, assim – tanto e até mais do que a coautoria dolosa –, por categorias fundamentais da teoria da imputação, tais como a autonomia, a proibição de regresso, e o princípio da responsabilidade pessoal, além de tocar a controvérsia dogmática sobre o conceito extensivo/unitário de autor, geralmente aplicado aos crimes negligentes¹⁰, em oposição ao conceito restritivo de autor, aplicado, ao menos para a maior parte da doutrina, apenas aos crimes dolosos.¹¹

O certo é que, especialmente nas situações de divisão de trabalho¹², muito comuns em se tratando da atividade médica, v.g., e também em situações de decisão colegiada (muito frequentes em situações de delitos ambientais e de relações de consumo, em que há decisões colegiadas por maioria¹³) podem surgir situações concretas em que a determinação da responsabilidade penal de cada um dos envolvidos dependerá de se resolver se o agente atuou como autor direto, como coautor, como autor mediato ou como cúmplice, o que se conecta com a extensão do dever de cuidado, segundo esferas próprias de responsabilidade.

Neste breve estudo, após uma sintética apresentação de situações de incidência do princípio da confiança em casos de divisão horizontal e vertical do trabalho (1 e 2), serão analisadas algumas propostas de solução dogmática de casos, vinculadas à defesa da possibilidade de se operar com as estruturas da coautoria e da autoria mediata também para a negligência (3), a partir de uma ideia específica de imputação recíproca vinculada ao “plano de ação”

9 Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik. *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27 (2019), p.367. Ressalta, o Autor, que a pena atinge direitos personalíssimos e natos, que só podem, então, ser afetados por uma falha personalíssima do agente (*höchstpersönlichen Fehler*).

10 A defender um conceito unitário de autor no crime negligente, e a observar que toda violação do dever de cuidado que correalize o resultado ilícito já configura autoria, veja-se, por todos: Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*. (Berlin: Walter de Gruyter, 1969), 99.

11 Explicativo, com múltiplas referências: Luís Greco, Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik. *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27 (2019), 362. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, (2012), 763.

12 Isso parece apontar para o aspecto prático de se conceber – caso materialmente justificado – um conceito de coautoria negligente.

13 Veja-se: Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherschaft*. 8. Aufl. (Berlin: De Gruyter, 2006), 738.

(paralelamente à estrutura da coautoria dolosa). Com isso, espera-se, será possível manter a coerência sistemática e, a um só passo, obter resultados materialmente justificáveis.

1. TRABALHO EM EQUIPA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA: RELAÇÕES

A conhecida sentença de Ingeborg Puppe, “cada um falha por si”¹⁴, parece-me um bom ponto de partida para se refletir, de modo geral, sobre a legitimidade da imputação de responsabilidade a um agente por fato de outrem.

O primeiro tópico de interesse neste estudo, em face de seu potencial heurístico, é o da divisão de trabalho, muito comum na atividade médica, sobretudo em cirurgias de risco e alta complexidade técnica. Seu exame passa por uma brevíssima aproximação ao princípio da confiança e por algum detalhamento das espécies de divisão de trabalho, a saber, a horizontal e a vertical (infra – 2).

A ideia subjacente ao princípio da confiança consiste em que se a ordem jurídica outorga direitos e impõe deveres, parte-se da compreensão¹⁵ de que estes deveres serão, via de regra, cumpridos pelos destinatários, ou seja, de que aquele que participa “no trânsito” deve poder confiar que os outros participantes também atuarão com o cuidado devido.¹⁶ Como assinala Faria Costa, “posiciona-se neste contexto, por conseguinte, uma teia de relações abonatórias que se sustentam entre si e que, uma vez mais, não são coisa diferente das refrações, no campo normativo da negligência, das relações onto-antropológicas de cuidado-de-perigo”.¹⁷

14 Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, pp.129 e 135.

15 A destacar que a confiança é o próprio fundamento da ordem jurídica, pois gera os pressupostos para que o indivíduo possa se autodesenvolver pessoalmente na sociedade: Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. Aufl. (Berlin: De Gruyter, 2004), 89. Veja-se ainda: Eric Hilgendorf, Brian Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. (München: C.H. Beck, 2015), 212.

16 Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. (Berlin: Duncker & Humblot, 1969), 132. Na jurisprudência: - BGH 20.05.1954 : “aquele que, no trânsito, se comporta regularmente, salvo se tiver motivos para pensar o oposto, deve também confiar que os outros também o farão”.

17 *O perigo em direito penal. Reimp.* (Coimbra: Coimbra, 2000), 488. Veja-se que, para o Autor, o princípio da confiança não deve ser absorvido pelo princípio do risco permitido, visto que Faria Costa confere-lhe um caráter suprapositivo e originário, fundado nos actos comunicacionais de uma dada comunidade de vida. Ou seja, o princípio da confiança é uma estrutura onto-antropológica, do

O princípio da confiança proporciona, inclusive, uma proteção mais eficiente de bens jurídicos, pois possibilita que o agente se concentre em sua esfera de atuação específica.¹⁸ Por outras palavras, na interação, o agente deve poder confiar que os demais concidadãos atuem de modo conforme à norma de cuidado, salvo se possuir uma razão concretamente fundada para pensar, ou dever pensar, de outro modo.¹⁹

Com efeito, a não aplicação do princípio da confiança conduziria a uma intolerável sobrecarga das responsabilidades individuais e poderia inviabilizar – face ao risco de ampla responsabilização penal – os trabalhos em regime de cooperação²⁰, o que prejudicaria os relevantes interesses sociais envolvidos, para além de implicar em uma paralisia da vida social.

Sobre a aplicação do princípio da confiança especificamente na seara do Direito Penal médico, Roxin/Greco²¹ anotam que o especialista (em cirurgia, v.g.) deve contar com que os demais especialistas (em anestesia, v.g.) atuem corretamente, nos seus campos específicos. A cooperação para o resultado impõe, de facto, uma vigilância recíproca, mas na exata medida em que tal supervisão não impeça cada um de realizar o próprio papel.²²

Em situações especialmente perigosas deve-se fornecer uma “precaução dupla”: cada um possui o dever de combater o mesmo risco ao mesmo tempo,

“poder confiar no outro”, sendo este “poder confiar” uma condição necessária e intrínseca de validade do princípio. Neste sentido, o princípio da confiança, junto das categorias do risco permitido e da adequação social, é também um critério material para a determinação da imputação objetiva do facto ao agente. Op. cit. 491.

18 Sónia Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. (Coimbra: Coimbra, 2008), 221. No mesmo sentido: Helena Morão, 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 n.6172/06. 3DLSB-3. *Anatomia do Crime* (2016), 138. Claus Roxin/Luís Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd.I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Aufl. München: C. H. Beck, (2020), 1191. “a linha mestra é: até mesmo o mais competente agente, em face do seu dever de vigilância ao trabalho do outro, só pode ser exigido na medida em que isto não o conduza a ignorar o preenchimento de seu próprio trabalho”.

19 Helmut Frister, *Strafrecht, Allgemeine Teil*. 7. Aufl. München: C.H. Beck, 2015, §12, n.m.24, 170. Claus Roxin / Luís Greco, *Strafrecht AT*, §24, n.m.21, 1191.

20 Gunnar Duttge, *Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit ZIS*, 5 (2011), 352.

21 *Strafrecht AT*, 2021,1191.

22 Veja-se: Hans Welzel, *Lehrbuch*, (1969), 133.

e nenhum pode simplesmente confiar cegamente no cumprimento do dever pelo outro participante.²³

Num campo de incidência intermediária, a aplicação do princípio da confiança depende de que um dos atuantes verifique a adequação do plano de trabalho do outro; mas, uma vez isto feito, deve poder confiar que o outro seguirá o plano.²⁴

Importante ressaltar, ainda, que o princípio da confiança não incide para exonerar alguém que, ilicitamente, gerou a situação de perigo²⁵: este não poderá confiar que o outro, em virtude de uma aplicação de um cuidado mais elevado, “compense” seu erro.²⁶

Mas a incidência concreta do princípio da confiança tem sua extensão modulada conforme os casos de divisão horizontal (mais extensa) e vertical (mais restrita) de trabalho. Passo a tratar disso já agora.

2. DIVISÃO HORIZONTAL E VERTICAL DE TRABALHO

As situações da vida em que várias pessoas, com um plano de ação comum, dividem a responsabilidade para alcançar o resultado, tanto podem se verificar em âmbitos intensamente regulamentados (medicina, engenharia etc) como em ações cotidianas. Sobretudo em áreas altamente reguladas, como a medicina, importa conectar o princípio da confiança com duas estruturas normativas de relevo, quais sejam, a divisão horizontal e vertical de trabalho.

23 Ingeborg Puppe, *NK*, §13, n.m.164, 537. Veja-se, com referência ao “segundo controlo”, e nos termos da Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica da OMS: Helena Morão, “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 n.6172/06. 3DLSB-3”, *Anatomia do Crime* (2016), 138.

24 Puppe, *NK*, §13, n.m.164, 537.

25 Para um panorama acerca de possíveis problemas neste âmbito, em casos de “causalidade cumulativa” ou de violações concomitantes de deveres de cuidado específicos, veja-se: Maria Fernanda Palma, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 4. Ed. Lisboa: AAFDL, (2019), 124. Ressalta, a Autora, que a simples exclusão do princípio da confiança em tais cenários é deficitária, pois desvincula-se de uma explicação social do acontecimento.

26 Günter Stratenwerth, Lohtar Kuhlen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6. Aufl. München: Vahlen (2010), 322.

Na denominada divisão horizontal de trabalho²⁷, em que não há uma hierarquia entre os intervenientes – como no caso do cirurgião e do anestesiológico, por exemplo – a aplicação do princípio da confiança se dá de forma mais extensa. Deve-se observar, contudo, não apenas a competência formal, como a material – nos casos em que um profissional assume funções do outro. Também é necessário observar as regras específicas da divisão de trabalho no caso concreto, inclusive as regras da própria instituição, como regulações internas de um hospital, v.g.

Em um caso de incidência do princípio da confiança no plano da divisão horizontal de trabalho, como fundamento de exoneração, pode-se referir ao anestesista que não realizou, como deveria, exames de toque em um paciente que possuía paralisia intestinal, tendo apenas feito indagações gerais, em contrariedade às *leges artis*. Em face da anestesia, o paciente vomitou e contraiu pneumonia por aspiração, vindo a óbito. O BGH confirmou a incidência do princípio da confiança, no sentido de afastar a responsabilidade dos demais profissionais que atuaram na cirurgia.²⁸

Já na divisão vertical de trabalho, em que há hierarquia entre os participantes, existem deveres especiais do superior, que podem inibir a incidência do princípio da confiança e justificar a imputação por falhas de subordinados. De modo geral, apontam-se alguns deveres fundamentais do superior²⁹, sendo eles: a) o dever de escolha (*Auswahlpflicht*) – no sentido de saber se é possível esperar uma atuação correta do delegado; b) o dever de instrução, no sentido do serviço a ser realizado, que deve ser comunicado de modo claro e especificado, quanto às tarefas de cada um; c) o dever de vigilância/controlo (*Überwachungspflicht*), que inclui verificações aleatórias da regularidade do procedimento.

Como exemplo de divisão vertical, refira-se aqui o Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de julho de 2009, em que se julgou o esquecimento de compressa no corpo do paciente, por um enfermeiro instrumentista, com danos à saúde.

27 Duttge, Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit, 351.

28 Klaus Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis (Praxis der Strafverteidigung) (German Edition) (posição 91). CF Müller (livro eletrônico - Kindle).

29 Sobre estes deveres: Sónia Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, (Coimbra Editora, 1999), 221 e ss.

Neste caso, o cirurgião chefe foi acusado de ofensa à integridade corporal, em face da violação do dever de controlo³⁰, mas acabou por ser absolvido da imputação, ao fundamento de que não havia razões concretas para não confiar na conferência das compressas pelo enfermeiro.

Observados os deveres gerais do superior, o cuidado, a prudência e a atenção da força auxiliar de trabalho³¹, ao plano de sua responsabilidade primária, devem ser confiados, o que conduz a uma extensão da aplicação do princípio da confiança também aos casos de divisão vertical de trabalho.³² Na outra ponta, o subordinado, em regra, deve poder confiar nas instruções do superior, ainda que possa – e deva – objetar ao constatar evidência concreta de conduta violadora do dever de cuidado. Anote-se que o tema, contudo, é bastante controvertido, havendo, na doutrina, a posição no sentido da não incidência do princípio da confiança em se tratando de divisão vertical de trabalho, ou, ao menos, de uma aplicação sensivelmente mais restrita.³³

Por fim, caso o princípio da confiança não tenha incidência, por alguma das razões já expostas, ainda se fará necessário justificar qual o título específico de imputação de responsabilidade no caso negligente, ou seja, a *autoria* (a partir de um conceito extensivo de autor, vinculado a toda e qualquer violação do dever de cuidado relevante para o resultado), a *coautoria* (por imputação recíproca) e/ou a *autoria mediata*. Disso passo a cuidar agora.

30 Veja-se, sobre o caso, com detalhes: Morão, “Problemas de comparticipação negligente...”, 129 e ss. A considerar, especialmente, o problema da coautoria no ilícito negligente. A Autora identifica o problema da autoria do enfermeiro a partir do conceito extensivo, na medida em que, nos crimes negligentes, deve haver não apenas a violação do dever objetivo de cuidado, mas também um comportamento que exteriorize esta violação e se traduza no comportamento previsto no tipo objetivo. Isso pode conduzir a uma violação do princípio da legalidade, por ultrapassar os limites do ilícito e da determinabilidade dos tipos incriminadores. Op. cit. p.133. Ressalva, contudo, a Autora, a possibilidade, por decorrência direta do art.26 do CP, de autoria mediata negligente. Op. cit. p.134.

31 Sobre os enfermeiros, veja-se: art.9, Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros Decreto-Lei 161/96, alterado pelo Decreto-Lei 104/98.

32 Duttge, Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit, 352.

33 Vejam-se: Gunter Stratenwerth, Lothar Kühlen, *Strafrecht AT*, (2010), 321.

3. COAUTORIA E AUTORIA MEDIATA NEGLIGENTES: A EXTENSÃO DO DEVER DE CUIDADO E O PROBLEMA DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO

Como visto, no espaço da divisão de trabalho, podem apresentar-se problemas comuns em termos de casuística, e que ensejam dificuldades de solução dogmática, especialmente no que se refere ao “conceito extensivo de autor”, aplicado de forma majoritária aos crimes negligentes³⁴, o que também atinge as categorias da coautoria e da autoria mediata, que fundamentam a imputação pela “falha de outrem”.

Se o princípio da confiança, de um lado, pode “bloquear” a responsabilidade, a coautoria pode, de outro, fundamentá-la, a partir de uma imputação recíproca, em casos nos quais a causalidade da violação do dever de cuidado não tenha sido determinada de modo claro.

Como já anotei, quanto à negligência, verifica-se a tendência na doutrina e jurisprudência de um alargamento do conceito de autor, trabalhando-se com um conceito “extensivo” / “unitário”³⁵, vinculado à violação do dever de cuidado³⁶, ainda que de forma algo desconectada do tipo objetivo e, em termos estritamente causais, do próprio resultado³⁷.

Considera-se que o núcleo da ação negligente, configuradora já de autoria, se encontra na violação do dever de cuidado, mesmo que esta violação se apresente de modo indiretamente conectada em face do resultado³⁸.

34 Vejam-se, com referências:, Gunter Stratenwerth, Lothar Kühlen, *Strafrecht AT*, (2010), 324. Eric Hilgendorf, Brian Valerius, *Strafrecht AT*, (2015), 128.

35 Veja-se: Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. 2.ª Ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 894. Sónia Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência... no exercício da medicina em equipa*, 1999, p.174. Com referências: Luís Greco, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27 (2019), 362.

36 Veja-se: Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, (2012), 737: “No âmbito dos delitos negligentes, cada qual que, através de um comportamento violador do dever de cuidado objetivamente imputável à realização do tipo, é autor”. No mesmo rumo, Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, 654: “Autor de um fato negligente é portanto todo aquele que, através da lesão de um cuidado exigido no trânsito, contribui para a realização do tipo.” Erick Hingeldorf, Brian Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2015, 216. Veja-se ainda, há mais tempo: Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 99.

37 Como ocorreu no citado caso “rolling stones”.

38 Explicativamente: Helena Morão, *Autoria e execução participadas* (Coimbra: Coimbra, 2014), 111 e ss. Mas a Autora anota que isso implica em bulir com o princípio da legalidade, na medida em que a violação do dever de cuidado, quando desconectada do tipo realizado, não poderia configurar

A fórmula aplicada pelos defensores do conceito extensivo é, em poucas palavras, a seguinte: “violação do dever de cuidado + conexão de risco = imputação”³⁹.

Mas essa consideração “ampliada” da violação do dever de cuidado, ou bem se afigura ilegítima, pois acaba por abarcar casos restritos de cumplicidade (= auxílio material ou moral), em contrariedade com a *lege lata*, ou demanda a apresentação de um fundamento normativo específico e suficiente, que permita uma imputação recíproca, já a título de coautoria, ou uma imputação individual, a título de autoria mediata.⁴⁰ *Tertium non datur*.⁴¹

Concebam-se dois casos análogos, em que dois agentes, no sentido de desocupar uma área de cobertura de um edifício, lancem objetos pesados em direção à rua, em horário de pouco movimento.⁴² No primeiro, os dois agentes, com esforço comum, lançam uma pesada viga e atingem mortalmente um peão: para a doutrina dominante há autoria individual negligente – ou autoria colateral –, sem recurso à coautoria, mas com o mesmo resultado prático: imputação a ambos. No segundo, cada um deles lança uma pesada viga, tendo apenas uma das vigas atingido mortalmente um peão, sem que se determine qual foi o objeto específico. Para a doutrina dominante⁴³, há autoria individual negligente, sem recurso à categoria da coautoria, mas com aplicação do conceito extensivo de autor, ainda que a causalidade específica seja duvidosa. O problema está em que, no segundo caso, não se pode determinar a relevância causal do comportamento de cada agente, sendo certo que o conceito

autoria. *Anatomia do Crime*, 2 (2016), 132. Também, no mesmo rumo, a apontar que a proibição de analogia dirigida aos aplicadores da norma acaba por ser ferida pelo conceito extensivo de autor, na medida em que se apoia em uma ampliação não permitida das normas de comportamento da Parte Especial: Beatriz Corrêa Camargo, *A teoria do concurso de pessoas. Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*, (São Paulo: Marcial Pons, 2018), 125.

39 Explicativamente: Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 204.

40 Embora a criticar a possibilidade da coautoria negligente, mas a reconhecer que esta seria a única possibilidade de imputação do resultado em casos de dúvida sobre a causalidade da violação do dever de cuidado: Ingeborg Puppe, *Wider der fahrlässige Mittäterschaft*, *GA* 2004, 135 e ss.

41 Ainda que Puppe procure resolver o problema ao plano da causalidade, a partir da teoria da condição suficiente. *GA* 2004, 138 e ss.

42 Apenas para efeitos argumentativos, descarte-se o cenário em que a rua é movimentada e no qual poderia ser reconhecido o dolo eventual dos autores.

43 Veja-se, sobre isso: Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 313.

unitário/extensivo não consegue contornar esta lacuna (causal), ainda que a tendência, especialmente na jurisprudência, seja a imputação do resultado a ambos os agentes, com base em uma interpretação elástica da violação do dever de cuidado e do seu alcance. Já na posição aqui defendida, possuindo os agentes a consciência da “divisão de trabalho”, ou seja, do “plano de ação comum”, o caso será efetivamente de coautoria⁴⁴, e o estabelecimento da causalidade específica de cada comportamento será prescindível.

De toda sorte, a possibilidade de se reconhecer a coautoria negligente⁴⁵ encontra respostas controvertidas na literatura⁴⁶, tendo a discussão se reacendido nas últimas décadas, em tratamentos monográficos como também em artigos⁴⁷.

No sentido da possibilidade da coautoria negligente, Roxin assinala que, desde que haja a geração comum de um risco proibido, e que este risco se realize no resultado, haverá, efetivamente, coautoria. Adverte o Autor que isso não implica em renunciar à prova da causalidade nos delitos negligentes, apenas porque várias pessoas participaram da execução, devendo-se buscar critérios precisos para a definição dos casos em que há efetivamente uma ação comum negligente. Estes critérios, para Roxin, ainda demandam maior desenvolvimento.⁴⁸

Por outro caminho, a partir da ideia da “pessoa coletiva” e da imputação recíproca, Renzikowski também reconhece a coautoria negligente – e não uma simples “autoria colateral” (*Nebentäterschaft*) – nos cenários em que há

44 Um outro bom exemplo foi o caso, julgado por um tribunal da Baviera, com o seguinte contexto fático: dois agentes ingressam clandestinamente em uma morada de veraneio e passam a acender velas em vários cômodos. De seguida, sobem para o andar superior. Inicia-se um incêndio e não se consegue determinar quem foi o responsável por acender as velas específicas que produziram o fogo. Considerou-se que os dois acusados realizaram, em coautoria, o delito de incêndio culposo, na medida em que realizaram um plano comum. Sobre o caso: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 289.

45 O tema retornou ao debate no já citado caso “rolling stones” (BGE IV, 1987, p.58 e ss.) e também no denominado “Ledspray-Fall” (BGH 37, 106, JZ 1992, p.253 e ss.), em que ocorreu uma decisão colegiada unânime, que conduziu à violação do dever de cuidado, tendo sido discutido sobre a relevância causal de cada voto individual para a formação da maioria. Sobre estes dois casos: Ingeborg Puppe, *GA* 2004, p. e p.130 e 132.

46 Na literatura portuguesa, explicativo: Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, 2012, 893 e ss. A afirmar a possibilidade da coautoria negligente, já então: Karl BINDING, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, (1919), 162.

47 Com referências: Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherschaft*, (2006), 737.

48 Veja-se: Roxin, *Täterschaft und Tatherschaft*, (2006), 739.

um plano comum (isto é, um projeto comum de ação) quanto ao risco (= uma execução conjunta de um risco desaprovado, ou uma “falha coletiva”), devendo-se imputar a cada participante as ações de todos⁴⁹, independentemente da efetiva presença no resultado, em termos estritamente causais⁵⁰.

Também a defender um conceito restritivo de autor, e a exigir que a coautoria negligente seja verificada à luz de uma realização conjunta – em termos de violação do dever objetivo de cuidado – análoga à intervenção executiva dos crimes dolosos, posiciona-se Helena Morão.⁵¹ Para a Autora, a teoria unitária padece de todos os “óbices inerentes a uma interpretação extensiva objectiva dos tipos incriminadores, designadamente a superação das palavras da descrição típica dos crimes da Parte Especial, fundadas em regra no paradigma do autor único, por nelas incluir comportamentos que não se traduzem em qualquer tipo de execução”.⁵² E no caso negligente, dada a não punibilidade da cumplicidade, este problema é mesmo de especial gravidade, pois um conceito extensivo poderia deixar passar, pelo filtro da legalidade, comportamentos que, isoladamente, não são de autor, senão de cúmplice.

Por último, aponte-se o argumento da “causalidade potencial da ação”, em uma perspectiva *ex ante*, para a produção do resultado. No caso “rolling stones”, sendo cada ação potencialmente apta a provocar a morte do pescador, e não se sabendo, de partida, qual das pedras poderia atingir a vítima, então reconhece-se a coautoria, sob a base da “causalidade potencial”.⁵³

49 Proximamente, Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, Rechtsstand: Frühjahr 2001, (München: C.H. Beck, 2001), 190.

50 A se referir ao caso “rolling stones”: ZIS, 2 (2021), 99. Este caso, julgado em 1987 pelo Superior Tribunal de Justiça da Suíça, consistiu em que dois agentes, para fins lúdicos, decidiram rolar pedras pesadas a partir de uma encosta, no escopo de atingir um riacho. Os agentes não tinham visibilidade acerca de quem estava no riacho abaixo, e sabiam que ali era um local em que geralmente havia pescadores. Uma das pedras, sem se saber qual (rolada por quem), atingiu um pescador, tendo este morrido em razão das lesões. O Tribunal, a considerar a ação comum, condenou ambos os acusados pelo homicídio negligente. Op. cit. p. 92.

51 *Anatomia do Crime*, 2 (2016), 134.

52 *Idem*, 132.

53 Criticamente acerca desta possibilidade de fundamentação: Ingeborg Puppe, *GA* 2004, 137. A Autora indaga: com qual direito se pode renunciar à prova da causalidade da ação do agente individual, substituindo-a por uma causalidade potencial?

Há, porém, objeções importantes contra a categoria da coautoria negligente, que possuem, no seu núcleo comum, uma preocupação com a ampliação ilegítima da esfera de punibilidade, não suportada pela lei⁵⁴. É necessário enfrentá-las.

A rejeitar a coautoria negligente, em face do caráter personalíssimo (“*Höchstpersönlichkeit*”) da culpa penal e da sua não-equivalência à responsabilidade civil (contratual), se posiciona Greco.⁵⁵ Seu argumento central consiste em que, por atingir, a pena, direitos inatos do afetado, ela pressupõe, também, uma falha pessoal sua. Segundo o Autor, as estruturas de justificação de uma imputação recíproca, que partem, ou se transferem, do Direito Civil, tais como as contratuais, ou as referidas à pessoa coletiva (ou *persona moralis*), não se aplicam ao Direito Penal.⁵⁶ Contra esta difícil objeção poder-se-ia redarguir, com Renzikowski, que caso se pretenda restringir, por uma exigência mais estrita de “pessoalidade”, uma atuação individual ou de “mão própria”, então deve-se estar preparado para aceitar que as categorias da coautoria e da autoria mediata não de ser recusadas em todos os casos, e não apenas no caso negligente.⁵⁷ Claro que esta possível lacuna de punição não é um argumento trunfo, que possa garantir a legitimação da coautoria. São exigidas razões de justiça material. De relevo, aqui, o próprio argumento de Greco (embora com alteração subsequente de sua posição), no sentido de

54 Mas o que se questiona aqui é precisamente o mesmo, mas com “chave” revertida: resolver a imputação sob a base de um conceito extensivo de autor pode conduzir a uma indevida ampliação do espectro de punibilidade.

55 *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27 (2019), 367. Para o Autor, não há uma justificativa material bastante para que se aplique a imputação recíproca aos casos de negligência, nem tampouco necessidade prática para fazê-lo. Op. cit., 362. Note-se que para os casos de responsabilidade por decisões por voto coletivo, Greco recorre à teoria da condição mínima suficiente (condição INUS) para fins de apontar para a desnecessidade de se operar com a coautoria negligente. Op. cit., 382-383. Sobre a teoria da condição INUS, seu desenvolvimento a partir de Hart e Mackie, passando pela literatura penal, e em sentido favorável às soluções apresentadas pela teoria, como sendo mais justificadas do que aquelas propostas pela teoria da *conditio sine qua non*: Paulo de Sousa Mendes, *Causalidade complexa e prova penal*, (Coimbra: Almedina, 2018), 202.

56 Luís Greco, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27 (2019), 374-376.

57 Neste sentido: Joachim Renzikowski, *ZIS* 2 (2021), 96, a observar que o conceito de pessoa provém da filosofia prática e se identifica com “algo” passível de atribuição de responsabilidade, não se confundindo com a pessoa física. Daí que uma pessoa possa ser “construída” a partir de vários indivíduos. E prossegue, o Autor, a ressaltar que nada obriga a se aceitar um conceito de *persona moralis* na dogmática da participação, contudo sua recusa deve conduzir a se restringir a responsabilidade aos casos de execução de mão própria, o que exclui, em todos os casos, a coautoria e a autoria mediata.

que, por um postulado de justiça, aquele que amplia sua possibilidade de ação também se assujeita aos riscos desta ampliação de responsabilidade.⁵⁸

Outra importante objeção ao reconhecimento da coautoria negligente consiste na ausência de previsão legal expressa – o que se dá tanto no regime do CP português como no do *StGB* – não se podendo extrair, do silêncio da lei, uma autorização para a inserção do comportamento negligente junto do doloso⁵⁹, ainda que isso fosse considerado justificável em uma perspectiva normativa ou político-criminal. Mas a esta objeção se poderia contrapor que não se questiona a coautoria em delitos omissivos puros ou impuros, nada obstante a lei se refira a “perpetrar” (*begehen*, no *StGB*) ou “executar”.

Objeta-se, outrossim, que na negligência não há um “plano comum”⁶⁰, o que também diria contra a possibilidade da coautoria: uma vez que no crime negligente falta qualquer vontade de realização do resultado ilícito – sendo esta ausência de vontade uma característica tida como essencial da negligência –, também falta, nessa modalidade delitiva, a decisão pelo facto, o que afasta a possibilidade da coautoria negligente⁶¹. Nessa linha, Puppe assinala que o critério do plano delitivo comum, aplicável aos crimes dolosos, não comporta transposição aos crimes negligentes, em que o plano em si não se direciona a qualquer resultado ilícito.⁶² No sentido de se resolver os casos ao plano da causalidade – o que tornaria supérflua a estrutura da coautoria –, a Autora sustenta que não se pode operar apenas com a violação do dever de cuidado do último causador (autor imediato

58 Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, *ZIS*, (2011), 687. Ainda que Greco, atualmente, não reconheça o potencial deste argumento para fundamentar a coautoria negligente, considero que, na perspectiva sinalagmática, há algo de muito relevante nele: a liberdade pressupõe responsabilidade; a ampliação da liberdade de ação é um correlato que legitima a extensão de responsabilidade por aquilo que o agente decide fazer e que depende da participação de outros para sua execução.

59 Criticamente: Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência...*, 177-178. Veja-se ainda: Erik Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriff*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), 98-99, embora a assinalar que isso poderia ser contornado caso o tipo específico de delito previsse, expressamente, a correalização negligente do resultado.

60 A base deste argumento está em uma compreensão subjetiva da comparticipação, que passou a ser aplicada para uma limitação da causalidade ao plano da teoria da adequação. Sobre isso, explicativo: Renzikowski, *ZIS* 2 (2021), 97.

61 Jescheck e Weigend, *Lehrbuch*, 678.

62 *GA* 2004, 136.

ou executor), desconsiderando-se que a violação do dever de cuidado do primeiro agente também foi uma das causas do resultado, “transitando” até ele. Assim, presente a conexão de risco, não seria normativamente adequado exonerar o primeiro agente, uma vez que sua própria violação do dever de cuidado também foi causa eficaz do resultado ilícito. Conclui, portanto, a Autora, por defender um conceito unitário de autor no que se refere à negligência.

O principal problema que se apresenta, e se pode verificar, com alguma frequência, em casos de divisão de trabalho no exercício da medicina (em uma cirurgia complexa, *v.g.*) e em situações de decisão colegiada, é o da dificuldade da prova da causalidade da violação individual do dever de cuidado, em situação na qual haja um “plano de ação comum” no que concerne ao risco proibido, que pode ser reconhecido por todos⁶³, e que deveria ter sido reconhecido por todos (= previsibilidade objetiva e subjetiva, enquanto núcleo de concretização do dever de cuidado). Como já se anotou, rejeitada a categoria da coautoria negligente, há apenas duas soluções: ou bem se aplica o conceito extensivo de autor, e se imputa o resultado a título de autoria, com aplicação direta (porém questionável) da teoria da adequação⁶⁴, mesmo para abarcar ações acessórias, ou bem não se imputa o resultado a ninguém, pois a cumplicidade negligente não é punível, e a autoria não foi determinada.

Tudo visto, e em que pesem as objeções acima apontadas, a mim me parece que a estrutura da coautoria deve ser mantida a mesma, seja no que se refere ao dolo, seja quanto à negligência, não sendo justificada a adoção de um “conceito extensivo” ou “unitário” de autor para a última. Se há atuações violadoras do dever de cuidado completamente independentes, ainda que concomitantes, então o que há, tal como no caso doloso, é de facto uma “autoria colateral”, só podendo ser imputados a cada um os resultados vinculados à própria falha, sob pena de se conferir ao comportamento negligente um tratamento mais rigoroso do que o imposto ao comportamento doloso. Contudo, se há

63 Explicativamente: Betina Weißer, In: Albin Eser *et al.* (Hrsg.), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C.H. Beck, 2014, 29. Aufl. Vor §§25, n.m. 115.

64 Veja-se: Wolfgang Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C.F. Müller, 1988, 304-305, ao referir-se à elevação do risco de que terceiro produza a violação do bem jurídico, em uma situação em que há uma clara referência de sentido (delitivo).

um plano de ação comum, no que se refere ao risco⁶⁵ assumido, ou seja, um “compromisso com o facto”, e sendo violado o mesmo dever de cuidado objetivo⁶⁶ (mesmo que com ações ou omissões diversas), a imputação recíproca dos comportamentos será o próprio fundamento da imputação, que justifica fazer alguém responder também por facto de outrem⁶⁷. Em uma palavra: há verdadeira coautoria negligente, devendo todos os resultados da “pessoa coletiva”⁶⁸ – caso se queira assim chamar – ser imputados a todos, independentemente do vínculo direto com o resultado.

Se há, por exemplo, divisão de trabalho para a realização de uma cirurgia sem condições mínimas de segurança e com inobservância crassa das *leges artis* aplicáveis, todos os que nela decidem participar são corresponsáveis pelos resultados causados, ainda que, *v.g.*, o bisturi não esterilizado seja manuseado apenas por um deles e que a falta de luvas se restrinja ao outro, gerando-se, por uma ou outra violação, uma infecção cuja causa específica não se determinou. Isso porque, em tal cenário, o risco juridicamente desaprovado se realiza em conjunto, justificando-se, como ocorre na coautoria dolosa, a imputação conjunta. Caso assim não se entenda, não haveria fundamento normativo plausível para a condenação dos dois agentes no referido caso “rolling stones”⁶⁹, sem que se saiba qual a pedra rolada atingiu a vítima⁷⁰.

Já no que toca à autoria mediata, sabe-se que o “instrumento” realiza o comportamento típico, mas não é responsável, em virtude do déficit de

65 Sobre os requisitos gerais da coautoria negligente: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 288. O mesmo: *ZIS 2* (2021), 97 e 98, inclusive a ressaltar que o plano comum não é neutro, pois, embora não se direcione a um resultado ilícito, tem por pressuposto a realização desaprovada de um risco (comum).

66 Também assim: Fidalgo, *Responsabilidade penal por negligência...*, 179.

67 Renzikowski, *ZIS 2* (2021), 94.

68 Veja-se: Alex van Weezel, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zu Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*, (Berlin: Duncker & Humbolt, 2006), 167 e 372, com uma análise crítica ao conceito de pessoa coletiva, mas a apontar para coautoria negligente como justificativa para um risco conjunto. Especificamente sobre a responsabilidade da “pessoa coletiva” como estrutura de imputação, ainda que sem referência direta à negligência, cf. Joerden, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, (Berlin: Dunker & Humblot, 1987), 79-80.

69 Como aqui: Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft...*, 361, 365.

70 A proposta de Puppe, neste caso, não parece resolver o problema, pois a Autora propõe que ambos os comportamentos foram causais, o que não está de acordo com o contexto factual. Ao contrário: a proposta aqui defendida consiste em prescindir da causalidade e resolver o caso por um fundamento normativo, tal qual se dá na coautoria dolosa.

imputação – que pode abranger o dolo, a negligência, a ilicitude e a culpa *stricto sensu*⁷¹. Na autoria mediata⁷² pressupõe-se, portanto, que o homem da frente não tenha atuado autonomamente⁷³. A pergunta é, então: a execução através de outrem (instrumento) é compatível com a estrutura da negligência? Ou o autor mediato, no caso negligente, é autor *strico sensu*, por força do conceito extensivo de autor? Ou ainda: ele é não é punível, por não ser autor direto e por não se admitir outra qualquer modalidade participativa na negligência, que não a autoria (direta)?

A autoria mediata nos crimes negligentes é majoritariamente negada, sob dois argumentos principais: a) o autor não possui efetivo domínio sobre o homem da frente, na medida em que ele mesmo atua sem dolo (ou seja, sem domínio efetivo/atual); b) em razão da violação do dever de cuidado por parte do agente, este já se torna responsável pelo resultado como autor, e a categoria da autoria mediata, aqui, se apresentaria desnecessária ou supérflua.⁷⁴ O primeiro argumento demanda enfrentamento específico. O segundo é apenas circular, pois que parte do conceito extensivo para afirmar que, a partir do próprio conceito extensivo a autoria mediata é desnecessária, sem qualquer fundamentação complementar.

Na posição aqui defendida, tem-se que há situações que melhor se enquadram na moldura dogmática autoria mediata⁷⁵, mesmo porque, por respeito ao princípio da legalidade, deve-se exigir, na autoria direta, uma conexão, à luz do tipo de ilícito negligente, entre a violação do dever de cuidado e o resultado. Caso o autor mediato efetivamente instrumentalize o executor, e

71 Puppe, *Strafrecht AT*, §24, n.m.5. Jescheck e Weigend, *Lehrbuch*, 653. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 101 e ss.

72 Sobre a evolução histórico-dogmática do conceito de autoria mediata, a partir de Pufendorf e Böhmer, veja-se, por todos: Friedrich Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 2. Neudruck. (Aalen: Scientia Verlag, 1986), p.197.

73 Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1997), 262. Também, a afastar a imputação com fundamento no princípio da responsabilidade própria do executor, confira-se: Kristian Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. München, 2012, 737.

74 Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 664. Também, no mesmo sentido: Georg Freund, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2 Aufl. (Berlin: Springer, 2009), 377.

75 A sustentar, contudo, a possibilidade da autoria mediata negligente, nos casos em que o executor seja inimputável: Harro Otto, *Grundkurs*, 314.

conheça os fatos que ensejam a sua previsível instrumentalização⁷⁶, vislumbra-se possível sustentar a hipótese de autoria mediata negligente. Os casos gerais, que não são qualquer abstração teórica, são os de criação negligente de um desconhecimento relevante em outrem.⁷⁷ Também aqui, deve ser considerado, com especial atenção, o princípio da “proibição de regresso”⁷⁸, e sua possível não-incidência nas hipóteses em que o executor, dolosa ou culposamente (ainda que no último cenário a solução seja mais controvertida), e “aproveitando-se” de um risco proibido criado pelo agente, realiza, autonomamente, o resultado típico.

Vou examinar, de seguida, três situações possíveis, no escopo de verificar a configuração da autoria mediata, da coautoria ou bem a incidência da proibição de regresso.

3.1 PRIMEIRO CENÁRIO: AÇÃO NEGLIGENTE DO HOMEM DE TRÁS E AÇÃO NÃO-NEGLIGENTE DO HOMEM DA FRENTE

O primeiro caso consiste na realização de uma ação negligente, seguida de uma ação não-negligente, nem dolosa, do homem da frente. O médico anestesista se engana na indicação da anestesia ao enfermeiro, que a prepara e aplica, e provoca, assim, a morte do paciente. O enfermeiro, aqui, atuou como mero instrumento do erro do médico, respondendo, apenas este último, pelo resultado. Nesta situação, não há espaço para a incidência da proibição de regresso, na medida em que foi a própria violação do dever de cuidado do médico quem conduziu, ainda que pelas mãos de outrem (em déficit de imputação), ao resultado.⁷⁹

76 Helena Morão, “Problemas de comparticipação negligente no exercício da medicina em equipa – A propósito do acórdão da relação de Lisboa de 6 de julho de 2009, processo n.6172/06. 3DLSB-3”, *Anatomia do Crime*, (2016): 135-136, “o contexto de perigosidade que torne previsível a instrumentalização”.

77 *Idem*, 134 e 138.

78 Inicialmente: Reinhard Frank, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. Aufl. Tübingen, 1931, p.15. Sobre a evolução do tema e sua conexão com a teoria da imputação objetiva, basta ver: Wolfgang Naucke, *Über das Regressverbot im Strafrecht. ZStW* (1964), p.410 e ss.

79 Como aqui: Helena Morão, “Problemas de comparticipação negligente,” 136.

O médico será *autor mediato* de homicídio negligente, e não *autor direto*, na medida em que sua violação do dever de cuidado não realizou a conduta típica, que foi executada pelo instrumento, o qual possui uma réstia de autonomia, que seria de todo desconsiderada ao se classificar o médico como autor direto.⁸⁰ Para além disso, considerar o primeiro agente como autor direto, como aponte supra, implicaria em conferir uma interpretação indevidamente extensa ao tipo objetivo, e à norma de comportamento que proíbe matar. O fundamento específico, que permite estender a imputação, é encontrado, exclusivamente, na categoria normativa da autoria mediata.⁸¹

3.2 SEGUNDO CENÁRIO: AÇÃO NEGLIGENTE DO HOMEM DE TRÁS E AÇÃO NEGLIGENTE DO HOMEM DA FRENTE

Nesta hipótese, tem-se duas ações negligentes em sequência, como em casos de causalidade cumulativa ou autoria aditiva. Exemplo: o enfermeiro entrega ao cirurgião material cirúrgico não esterilizado, e viola o dever de inspeção na fase preliminar da cirurgia. Se dá uma infecção fatal, em virtude da ausência de esterilização.

Se o executor pudesse reconhecer a violação do dever de cuidado e tivesse dever de controlo (como nos casos de divisão vertical de trabalho), não se poderia imputar a ocorrência do resultado ao enfermeiro, a título de autoria mediata. Nesta hipótese, conforme corretamente anota Helena Morão, “é antes a sua própria ação descuidada perante o Direito que explica a realização pessoal do facto”.⁸²

80 Não posso ingressar aqui na discussão, geralmente situada na dogmática da comparticipação dolosa, acerca da desnecessidade de se recorrer à estrutura da autoria mediata em qualquer caso. Neste sentido, sustenta-se que o instrumento equipara-se à força da natureza, sendo, o homem de trás, o verdadeiro autor (direto). Devo apenas anotar que tal concepção cancela qualquer valor mínimo à autonomia do homem da frente, o qual, embora em situação de déficit de imputação, não deixa de atuar como uma pessoa racional. No sentido de que isso colide com a matriz onto-antropológica que distingue o homem da natureza, veja-se, e os equipara indevidamente, por todos: Bruno de Oliveira Moura, *Conduta prévia e culpa na comparticipação. A distinção entre autoria e comparticipação a partir de um conceito restritivo de facto*, 2021, 220.

81 Detidamente: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 73 e ss.; 262 e ss.

82 Morão, “Problemas de comparticipação negligente”, 137. A observar que o executor material só pode ser exonerado nos casos em que a cegueira induzida traduza uma falta de autonomia jurídico-penalmente

Porém, ainda que se descarte a autoria mediata, se há um plano de ação comum, e as violações sucessivas dos deveres de cuidado dos dois agentes estão conectadas em um todo, afigura-se possível a imputação do resultado a ambos (enfermeiro e cirurgião) a título de coautoria negligente, como uma falha recíproca, conforme desenvolvido acima.

3.3 TERCEIRO CENÁRIO: AÇÃO NEGLIGENTE DO HOMEM DE TRÁS, SEGUIDA DE UMA AÇÃO DOLOSA DO HOMEM DA FRENTE

Como já sublinhei, na situação em que o agente viola o dever de cuidado e realiza, assim, um injusto de ação negligente, a partir do qual um terceiro interveniente, dolosamente, realiza, por si mesmo, o resultado típico, apresenta-se o problema da proibição de regresso no tocante ao homem de trás.

No exemplo de escola: o caçador ingressa em um restaurante e deixa dependurada, em local acessível, sua arma de fogo carregada. Ocorre uma contenda no interior do estabelecimento e um dos contendores apodera-se da arma e dispara contra outro, matando-o. A questão é: se faz possível imputar o resultado, a título de negligência, ao caçador? Para os defensores do princípio da proibição de regresso, a resposta será negativa, pois a ação dolosa e culpável do terceiro originou um novo curso causal, bloqueando a possibilidade de imputação do resultado ao agente, ainda que tenha este atuado com culpa.⁸³ Essa solução é de se cancelar.⁸⁴ Uma coisa é a violação do dever de cuidado pelo primeiro agente e outra coisa é a imputação do resultado produzido

significativa. No caso do cirurgião, se houve a contagem das compressas, e não houve divergência, tornou-se mero autor material, sendo o enfermeiro autor mediato do delito de ofensas corporais. Op. cit. p.138.

83 Ainda que a rejeitar o princípio da proibição de regresso tal qual, mas a se basear no critério da “*Steuerbarkeit*”, como fundamento para a construção de um conceito restritivo de autor e para o afastamento da responsabilidade do homem de trás: Harro Otto, *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*, 200. Explicativo: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 205 e 263.

84 Contra: Ingeborg Puppe. *NK*, 2013, Vor § 13, n.m.181, p.544, por considerar que se encontra no âmbito do dever de cuidado evitar que terceiro se aproveite da violação do dever de cuidado para cometer o ilícito. Para a Autora, nestes casos, a proibição de regresso não bloqueia a responsabilidade do primeiro agente. No mesmo rumo: Claus Roxin / Luís Greco, *Strafrecht AT*, 1194, a afirmarem que o homicídio negligente deve ser imputado neste caso. Ainda: Helmut Frister, *Strafrecht AT*, 128. Claus Roxin, *Bemerkungen zum Regreßverbot*. In: Hans-Heinrich Jescheck *et al.* (Hrsg.). *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 186 e 190.

por uma ação dolosa de terceiro. Na hipótese, introduz-se uma segunda ação, autônoma, dolosa e culpável que, ainda que não faça desaparecer a primeira violação do dever de cuidado (na guarda da arma), inibe a vinculação da referida ação e o resultado.⁸⁵

Isso porque o princípio geral é o de que cada um possui o dever de não provocar danos a bens jurídicos alheios, e não o dever de garantir que um terceiro não se aproveite de seu comportamento falho e cause um dano a bens jurídicos alheios.⁸⁶ Nesse sentido, a “proibição de regresso” ao primeiro comportamento nada mais é do que um corolário da autonomia, que justifica a responsabilização exclusiva do executor. Trata-se, aqui, de se delimitar, portanto, o alcance do dever de cuidado de cada um, “pois apenas na medida em que a responsabilidade do indivíduo alcança, ele também tem dever de cuidado, e apenas nesta extensão ele também pode ser um autor negligente”.⁸⁷

Assim, se o enfermeiro, por negligência, entrega um instrumento não esterilizado, e o médico, dolosamente, o utiliza para contaminar o paciente, que vem a óbito pela infecção, não se deverá imputar o resultado ao enfermeiro negligente, em virtude da incidência da proibição de regresso.

Uma exceção geralmente apresentada pela doutrina é a da possibilidade concreta de o agente reconhecer a inclinação do terceiro para a prática de um ilícito doloso, caso em que o princípio da proibição de regresso não incidiria, permitindo-se a punição paralela do delito negligente, junto do doloso.⁸⁸ Em tal hipótese, o princípio da confiança não incidiria, na medida em que o agente não poderia confiar que um terceiro não

85 Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 264. O caso análogo foi o do material inflamável, deixado na entrada de um imóvel para locação, em que um agente piromaniaco, a se valer do material, incendiou o imóvel provocando a morte dos moradores. Nesta hipótese, o Tribunal absolveu o acusado, sob o fundamento de que não havia razões para que ele pudesse prever que o material seria utilizado por terceiro para a prática de um incêndio doloso, incidindo o princípio da confiança. Sobre o julgado: PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht AT*, 2017, p.75..

86 Já então: Theodor Lenckner, *Technische Normen und Fahrlässigkeit*. In: Paul Bockelmann *et al.* (Hrsg.). *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969) 506. Criticamente: Veja-se: NK-PUPPE, 2013, Vor §13, n.m.178, p. 542, a ressaltar que há, sim, um princípio segundo o qual se deve prevenir a negligência de terceiros.

87 Theodor Lenckner, *FS Engisch*, 1969, p. 506,

88 Assim: Claus Roxin / Luis Greco, *Strafrecht AT*, 1192. Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, 2015, 46, com referências. Contra: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 262.

se aproveitaria da situação para executar um crime doloso.⁸⁹ A dificuldade, aqui, é a fluidez do conceito de “inclinação”, isto é, de se concretizar as situações em que o agente negligente não deveria poder confiar em que seu erro não seria dolosamente utilizado por terceiro. Mas há, especialmente, um problema sistemático: num paralelismo com o dolo, se a arma carregada houvesse sido deixada acessível dolosamente, e após fosse utilizada pelo autor direto, a primeira ação seria enquadrada como auxílio, e não como autoria.⁹⁰ E isso é mais uma razão para não se imputar a primeira ação negligente, pois a cumplicidade negligente não é punível, e a norma violada pelo primeiro agente é uma norma (de comportamento) de participação/cumplicidade (*Teilnehmerverhaltensnorm*⁹¹), cujo objeto é o de não auxiliar/facilitar/induzir a prática do ilícito pelo autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As minhas conclusões, em síntese, são as seguintes:

1. A imputação recíproca, pela via da coautoria, é possível tanto para o dolo como para a negligência, caso haja um plano comum de ação, ainda que este “plano”, na negligência, se relacione à violação conjunta do dever de cuidado.
2. O conceito restritivo de autor aplica-se tanto ao dolo quanto à negligência, mantendo-se a coerência sistemática.
3. Se houver um plano de ação comum, e ainda que não se possa determinar, especificamente, qual a conduta violadora do dever de cuidado produziu o resultado, este deve ser imputado a título de coautoria. Assim o caso “rolling stones” se resolve através da imputação do resultado a ambos os agentes por coautoria negligente. O mesmo se aplica às situações de decisão colegiada, em que o risco proibido, objetivamente previsível, é gerado pela decisão da maioria.

3.1 Fora deste cenário, se há autoria colateral e não se apura o nexos causal

89 Veja-se: Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, 883.

90 Como aqui: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, 262.

91 Sobre o conceito, veja-se: *Idem*, 123 e ss.

entre a violação do dever de cuidado e o resultado, ambos os agentes devem ser exonerados.

4. O princípio da confiança tem aplicação nos casos de divisão horizontal e vertical de trabalho, de modo mais extenso no primeiro caso e mais restrito no último. A ressalva se dá nos casos em que há razões concretas para se acreditar que o outro não atuará com o cuidado devido, especialmente nas situações onde exista dever de controle.

5. O agente que, ao violar o dever de cuidado, “cria” uma situação de desconhecimento no executor, imprevisível para o último, e desde que esta “cegueira” gerada se conecte ao resultado (em termos de conexão de risco), é autor mediato negligente, e não autor direto negligente.

6. A proibição de regresso incide para bloquear a responsabilidade do primeiro violador do dever de cuidado, nos casos de atuação subsequente de autor doloso. Isso se dá em virtude da autonomia do homem da frente, que rompe o nexo causal com a primeira ação. A norma violada pelo primeiro agente é uma norma comportamental de cumplicidade, e não de autoria, e a primeira, *de lege lata*, não é punível no caso negligente.