

Com o objetivo de difundir cada vez mais o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras. Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não preenchido pelo mercado editorial.



CONCURSO de AGENTES nos DELITOS ESPECIAIS

O presente trabalho se dedica ao estudo da atribuição de responsabilidade jurídico-penal aos indivíduos que, em concurso, praticam os chamados delitos especiais, os quais exigem do autor determinadas qualidades ou condições pessoais, expressas ou pressupostas na fórmula legal.

Para tanto, inicia-se por uma breve análise evolutiva das principais teorias que se ocuparam de definir os conceitos de autoria e participação delitivas ou de oferecer critérios de determinação do grau de responsabilidade dos intervenientes no delito, apontando-lhes os méritos e eventuais deméritos.

Na sequência, é delimitado o objeto de estudo, definindo-se os delitos especiais, diferenciando-os de categorias afins e classificando-os conforme critérios que influam no estudo da problemática do concurso de agentes.

Os delitos especiais são também estudados sob a ótica de seu fundamento material, perquirindo-se sobre a razão de, nesses delitos, o legislador empreender uma limitação do círculo de autores a determinadas categorias de sujeitos.

Por fim, procede-se a um estudo das conformações possíveis da codelinquência nos delitos especiais, primordialmente do concurso de indivíduo qualificado (intraneus) e indivíduo não qualificado (extraneus), expondo e avaliando as soluções ofertadas pelas principais teorias contemporâneas da participação delitiva e a possibilidade de serem recepcionadas pela dogmática brasileira.

ISBN 978-85-99216-33-0



61

CONCURSO DE AGENTES NOS DELITOS ESPECIAIS

Mariana Tranchesi Ortiz



Mariana Tranchesi Ortiz

CONCURSO de AGENTES nos DELITOS ESPECIAIS



Mariana Tranchesi Ortiz

. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2005;

. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Barcelona e Universidade Pompeu Fabra, ambas em Barcelona, em 2008;

. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2010;

. Advogada criminal em São Paulo.



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Mariana Tranchesi Ortiz

CONCURSO DE AGENTES NOS DELITOS ESPECIAIS

1ª Edição



SÃO PAULO
2011

© Desta edição - IBCCRIM

Produção Gráfica: PMark Design Ltda.

Tel.: 2215-3596 - pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

Capa: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

O89c

Ortiz, Mariana Tranchesi

Concurso de agentes nos delitos especiais / Mariana Tranchesi Ortiz. - 1.ed. - São Paulo : IBCCRIM, 2011.

200p. (Monografia / IBCCRIM ; 61)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-33-0

1. Autor (Direito penal) - Brasil. 2. Concurso de pessoas (Direito penal) - Brasil.
3. Direito penal - Brasil. I. Título. II. Série.

11-7280.

CDU: 343.2(81)

27.10.11

03.11.11

030929

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.500 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
Exemplar de distribuição restrita e comercialização proibida.
Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*
Novembro - 2011

IBCCRIM - Diretoria para o biênio 2011/2012

Diretoria Executiva

Presidente Marta Saad	1ª Secretária Mariângela Gama de Magalhães Gomes	2º Tesoureiro Paulo Sérgio de Oliveira
1º Vice-Presidente Carlos Vico Mañas	2ª Secretária Helena Regina Lobo da Costa	Assessores da Presidência: Adriano Galvão Rafael Lira
2º Vice-Presidente Ivan Martins Motta	1º Tesoureiro Cristiano Avila Maronna	

Conselho Consultivo

Alberto Silva Franco	Maria Thereza Rocha de Assis Moura	Sérgio Salomão Shecaira
Marco Antonio Rodrigues Nahum	Sérgio Mazina Martins	

Presidentes das Comissões Especiais

Amicus Curiae Heloisa Estellita	Direito Penal Econômico Heloisa Estellita	Novo Código de Processo Penal Maurício Zanoide de Moraes
Código Penal Renato de Mello Jorge Silveira	Doutrina Geral da Infração Criminal Carlos Vico Mañas	Política Nacional de Drogas Maurides de Melo Ribeiro
Corretora dos Trabalhos de Conclusão do VI Curso de Direito Penal Econômico e Europeu Heloisa Estellita	História Rafael Mafei Rabello Queiroz	Sistema Prisional Alessandra Teixeira
Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais Ana Lúcia Menezes Vieira	Infância e Juventude Luis Fernando C. de Barros Vidal	15º Concurso IBCCRIM de Monografias de Ciências Criminais Diogo Rudge Malan
	Justiça e Segurança Renato Campos Pinto de Vito	17º Seminário Internacional Carlos Alberto Pires Mendes

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca Ivan Luis Marques da Silva	Iniciação Científica Fernanda Carolina de Araújo	Núcleo de Pesquisas Fernanda Emy Matsuda
Boletim Fernanda Regina Vilares	Internet João Paulo Martinelli	Pós-Graduação Davi de Paiva Costa Tangerino
Coordenadorias Regionais e Estaduais Adriano Galvão	Mesas de Estudos e Debates Eleonora Nacif	Relações Internacionais Marina Pinhão Coelho Araújo
Cursos Fábio Tofic Simantob	Monografias Ana Elisa Liberatore S. Bechara	Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC Renata Flores Tibyriçá
Estudos e Projetos Legislativos Gustavo Octaviano Diniz Junqueira	Núcleo de Jurisprudência Guilherme Madeira Dezem	Revista Brasileira de Ciências Criminais Helena Regina Lobo da Costa

Coordenadorias Regionais

Coordenador-Chefe: Adriano Galvão

1ª Região (AC, AM e RR) Luis Carlos Valois	4ª Região (AL e SE) Daniela Carvalho Almeida da Costa	7ª Região (MT e RO) Francisco Afonso Jawsnicker
2ª Região (MA e PI) Roberto Carvalho Veloso	5ª Região (ES e RJ) Márcio Barandier	8ª Região (RS e SC) Rafael Braude Canterji
3ª Região (RN e PB) Oswaldo Trigueiro Filho	6ª Região (DF, GO e TO) Pierpaolo Bottini	

Coordenadorias Estaduais

Coordenador-Chefe: Adriano Galvão

1ª Estadual (CE) Patrícia de Sá Leitão e Leão	4ª Estadual (MG) Felipe Martins Pinto	7ª Estadual (PR) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
2ª Estadual (PE) André Carneiro Leão	5ª Estadual (MS) Marco Aurélio Borges de Paula	8ª Estadual (AP) João Guilherme Lages Mendes
3ª Estadual (BA) Wellington César Lima e Silva	6ª Estadual (SP) João Daniel Rassi	9ª Estadual (PA) Marcus Alan de Melo Gomes

Monografias

monografia@ibccrim.org.br — www.ibccrim.org.br

Coordenadora-Chefe: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Adjuntos: Alvinio Augusto de Sá e Juliana Garcia Belloque

Comissão do 15º Concurso de Monografias Ciências Criminais – Prêmio “Manoel Pedro Pimentel”

Presidente: Diogo Malan

Membros da Comissão Julgadora: Davi Tangerino, Fernanda Emy Matsuda, Flávio Mirza e Luciana Boiteux

*À minha mãe, mulher a quem,
um dia, espero me igualar.*

AGRADECIMENTOS ■

Não há como inaugurar estes agradecimentos sem ser pela pessoa do Professor Renato de Mello Jorge Silveira, quem, ao longo dos já oito anos de convívio, foi muito mais que o orientador da minha tese de láurea e da dissertação de mestrado, que agora é gentilmente publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Se, de um lado, foi o Professor Renato o grande incentivador desta breve incursão no tema do concurso de agentes nos delitos especiais, de outro e muito antes disso, foi ele o responsável por fazer surgir em mim a vontade de me dedicar ao Direito Penal tanto acadêmica, quanto profissionalmente.

Por este caminho trilhado desde os primeiros anos da graduação, pela disponibilidade e generosidade rara nos mestres, sou-lhe eternamente grata e especialmente orgulhosa de considerar-me sua discípula.

Aos Professores Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Davi de Paiva Costa Tangerino, agradeço a cuidadosa arguição na ocasião da defesa da minha dissertação, assim como as oportunas críticas e observações ao trabalho, as quais, dentro de minhas limitações, procurei assimilar nesta versão que chega ao público.

Ao Professor Alamiro Velludo Salvador Netto, agradeço as valiosíssimas contribuições, advindas das diversas e sempre profícuas conversas havidas sobre minhas dúvidas e angústias com relação ao objeto de estudo. Sou a ele grata pela presença e apoio no período mais crítico do desenvolvimento do trabalho além, é claro, da amizade e companhia desde a época comum de estudos em Barcelona.

Não poderia também deixar de agradecer aos Professores Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa a oportunidade de seguir-lhes o exemplo de seriedade e dedicação profissional e o apoio que me foi dado para a conclusão deste estudo.

Da mesma forma, agradeço ao João Daniel Rassi, meu amigo e companheiro de trabalho, o irrestrito suporte profissional e o estímulo à publicação destas páginas.

Aos meus amigos de Master de Especialización en Derecho Penal, em Barcelona, agradeço a descoberta de um vasto mundo afora. Em nome de todos, dedico minha gratidão especialmente às queridas Olga Pozas Presa e Renata Torres Maia.

Agradeço, também, à Mariana Guimarães Rocha e à Cristina Emy Yokaichiya, que comigo compartilham, além da forte amizade, os sabores e dissabores do gosto pelo Direito Penal.

Ficam, também, minhas justas homenagens àqueles sem os quais nenhum esforço teria sentido:

Aos meus amigos de política acadêmica, que me despertaram a paixão na defesa dos meus ideais.

Às minhas amigas de toda vida, Patrícia Alvarez, Maria Carolina Saraiva, Mariana Barbosa, Marina Nogueira, Fernanda Annenberg e Carolina Palenga, por serem parte inseparável e inestimável da minha história.

Ao Fernando, pelas lições diárias de caráter, integridade e amor.

À minha família amada e sempre presente. Aos meus queridos e admiráveis irmãos, Marcos e Sérgio, e às minhas cunhadas, Rafaela e Hérika. Ao Dudu e ao Joaquim, meus sobrinhos. Finalmente, aos meus pais, Juarez e Mariangela, simplesmente a razão de tudo.

PREFÁCIO ■

Algumas palavras se impõem, pela obrigação e pelo sentimento, a iniciar a apresentação da obra de Mariana Tranchesi Ortiz. A obrigação, pelo fato de ter sido seu orientador no trabalho de mestrado, cuja versão comercial, *Concurso de Agentes nos Delitos Especiais*, se segue. O sentimento, por, além disso, ter acompanhado toda sua carreira acadêmica, desde o início de seus estudos de graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, seguindo-a por todos os longos anos seguintes, orientando-a em sua láurea e, ao depois, na pós-graduação.

Mas não só. Também recorro ao sentimento pelo tema posto, a quem fui apresentado, há anos, por outra pessoa a mim não menos querida: Professor Doutor Antonio Luis Chaves Camargo, meu antigo e saudoso mestre e orientador. Certa feita, sempre aluno seu, ao receber-me em sua biblioteca, retirou ele da estante um pequeno livro de Quintero Olivares, intitulado *Los Delitos Especiales y la Teoría de la Participación*. De pronto, mandou-me inteirar da matéria. Antecipava, uma vez mais, minhas necessidades futuras. A partir dele, pude, com as limitações que me são particulares, dar, em um momento futuro, já na posição de professor, o pouco de ajuda e colaboração que se espera de um orientador.

Associa Mariana Tranchesi Ortiz, de toda sorte, e com denodo, dois temas difíceis, árduos, complexos, mas intrinsecamente próximos. A ideia do concurso de agentes e a, entre nós, pouco aprofundada questão com a angulação singular dos crimes especiais. E o faz com particular garbo.

As substanciais noções concursais, em termos amplos, apenas para se recordar, já foram motivo de cuidado por muitos autores nacionais. Entre tantos, de mencionar-se que Esther de Figueiredo

Ferraz, em 1947, elaborou tese de livre-docência em Direito Penal, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o tema *A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro*, só não a defendendo por problemas outros. De todo modo, no ano seguinte, mostrando sua capacidade, tornou-se a primeira professora das Arcadas. Dando seguimento à tradição, em 1988, Ivette Senise Ferreira, depois a primeira Diretora da Faculdade de Direito, apresentou-se, também, à livre-docência naquela Escola com a tese sobre *Concurso Eventual de Pessoas*. Em momento anterior, no ano de 1978, Nilo Batista, por sua vez, depois Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, e também político consagrado, realizou brilhante e consagrado mestrado, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, sobre o *Concurso de Agentes*. Mariana soma-se a essa plêiade, inovando em vários pontos.

Ao seu tempo, o Professor do Rio de Janeiro já ressaltava que o tema de concurso de agentes era dos mais negligenciados da doutrina brasileira que se elaborou sobre o Código de 1940. Isso se dava, segundo suas palavras, por culpa da paupérrima disciplina que o Código conferiu à matéria. Erros e equívocos levaram gerações a dificuldades sobre o tema. Com a pena que lhe é própria, Nilo Batista recorda que a “*ferro e fogo o pensamento penal brasileiro sobrevivia à letra mortífera do código*”, ponderando, pois, que “*de qualquer forma, o estágio alcançado pela questão da autoria e da participação não está, no Brasil, à altura do desenvolvimento que aqui obteve a teoria do delito*”. Isso, se ainda verdade, já passados anos da ponderação, foi mitigado ainda mais com o trabalho ora apresentado a público.

A maior contribuição do trabalho de Mariana, no entanto, foi a particular abordagem dos *delicta propria* e sua distinção dos *delicta communia*, consoante a antiga construção de Grolman. Anteriormente, ainda no século XIX, a distinção postava-se limitada, como se sabe, fundamentalmente nas referências aos delitos praticados pelos funcionários públicos e aos delitos militares, ao dizer de Binding. Isso muito mudou. Essa básica concepção, depois superada pela ideia da exteriorização tipológica de uma limitação da esfera de possíveis autores, acabou ganhando bastante relevância na modernidade, em particular com as posições especiais de determinados sujeitos, de importância assumida pela construção de autoria principal, autoria

mediata e coautoria, e com novos núcleos de difícil imputação, como as ideias associativas ou empresariais.

Ainda em meados dos anos 1970, Quintero Olivares destacava o fato de que a situação de estudo dos delitos especiais, na Espanha de então, se mostrava complexa por diversas razões. Entre elas, pelo fato de que a dogmática ibérica daquela época, salvo maiores exceções, não havia se ocupado detidamente sobre o tema. Exceções meritórias feitas a obras algumas, como de Gimbernat e de Rodríguez Mourullo. O mesmo pode dizer-se hoje no Brasil. A construção posta na avaliação do tipo objetivo entre se saber se a construção a todos se destina ou tem menor foco de incidência (no dizer de Roxin, na primeira avaliação sobre a anteposição genérica do agente ou a apregoação de definições especiais) é dificultada quando se pretende avaliar a questão de concurso de agentes. Avaliando a capacidade penal de responsáveis por órgãos diretivos de empresas em uma construção de delitos especiais próprios, não sem razão, Martínez-Buján Perez recorda que, nesses casos, o problema surge na tentativa de se exigir específicas condições ou qualidades para o gizar do autor, já que, não raro, isso não encontra correlato em figuras comuns paralelas.

Nesse anseio, parte Mariana do concreto ao abstrato. Propõe a colocação do problema, de forma didática, mencionando a construção e a presença dos delitos especiais no Direito Penal, quer em termos clássicos, quer em termos atuais. A partir daí, caminha sobre a sempre duvidosa questão concursal do *intraneus* e do *extraneus*.

Com as definições iniciais dadas, volta-se à discussão da autoria e da participação. Note-se, uma vez mais, aos que acham o tema por demais etéreo e de pouca relevância na atualidade nacional, que toda a discussão de responsabilização em termos supraindividuais, e, mesmo nos aspectos penais econômicos, em particular no que diz respeito às estruturas hierarquizadas de poder, acabam esbarrando na dificuldade de autoria e participação, com referência fundamental nos delitos especiais. As noções de ingerência, tão caras à noção omissiva, também abordada no trabalho, bem como considerações sobre as necessidades de dever de vigilância, quer sobre as ponderações de Heine sobre as fontes de perigo próprias da empresa, quer uma ponderação de interesses, equidade social ou exercício de outras atividades individuais de autorregulação. Não se trata, como

a própria autora acaba por fundamentar, de filigrana desnecessária, mas de discussão dogmática das mais atuais, coisa que não se basta em leitura estreita do art. 30 do Código Penal brasileiro.

Tanto isso é verdade, que, na sequência, a obra acaba por estabelecer todas as definições e distinções dos delitos especiais, traçando a individualização com todas as demais, no Brasil muitas vezes tidas como sinônimas, como é o caso dos delitos de mão própria ou de infração de dever. Apenas para se recordar, os delitos especiais designam, sim, fatos puníveis nos quais a constituição do sujeito ativo se limita a um círculo de autor, diversamente do que a ideia genérica de mão própria, em que se pressupõe que a ação se realize diretamente pela própria mão do sujeito, já dizia, com propriedade, Wessels.

Com as construções sobre delitos especiais próprios e impróprios, e a necessidade de delimitação da noção de domínio e de estrutura social, Mariana Tranchesi Ortiz finda por pretender valorar, a todo título, a contribuição do *extraneus*, fornecendo hipóteses de ruptura do título de imputação. Por derradeiro, retoma a crítica perene quanto às circunstâncias comunicáveis em Direito Penal, desta vez, contudo, quiçá fornecendo a sempre buscada resposta ideal. Nesse aspecto, uma vez mais, de constatar-se a máxima roxiniana quanto à dogmática se mostrar como uma gramática penal. Não sendo uma dogmática sem compromissos, mas pontualmente pretendendo responder aos problemas cada vez mais presentes do inflacionismo de delitos especiais, também na realidade nacional, sua contribuição é substancial. Isso, ineludível.

Volto à Mestre Mariana Tranchesi Ortiz. Em muitos momentos, também, com ela fui mais severo do que o necessário ou esperado. Logo que formada, problemas internos da Faculdade de Direito não permitiram que ingressasse de pronto na pós-graduação. Passou-se um ano e, logo após, novamente, lá estava ela. Com coragem, uma vez mais tentou o ingresso. Superando todas as provas, foi escolhida. Conseguiu e foi além.

Do mesmo modo que Chaves Camargo, e me limitando, aqui, à menção a textos de língua espanhola, dei-lhe a obra de Quintero Olivares. Mais. Dei-lhe por obrigação inicial a leitura e a resenha de outra obra, então recém-publicada, esta de Víctor Gómez Martín, sobre *Los Delitos Especiales*. Talvez por isso motivada, mas por certo

com a curiosidade maior do espírito de pesquisa, lançou-se à busca de material e experiências em terras europeias.

A carreira acadêmica, e muitos concursos, não me permitiram ser tão próximo da então estudante quanto deveria e gostaria. Encontramo-nos, de toda sorte, tempos depois, em Barcelona, Espanha. Ela, realizando um *Master en Derecho Penal*, e eu me preparando para o Concurso de Titularidade. Sua dedicação compensou e a recompensou, pois brilhou como poucas, apesar de seu nervosismo, quando da defesa. O orgulho inescandível do orientador fez-se, e aqui se reitera, presente. Aos que assistiram aquele concurso, que teve, também, como integrantes da Banca Examinadora os Senhores Professores Doutores Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e Davi de Paiva Costa Tangerino, tais colocações são absolutamente desnecessárias. Mas aqui se colocam para, uma vez mais, externalizar o vivido.

Felicitações, pois, ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que, em sua missão de difusão do pensamento jurídico penal, publica o presente trabalho. Felicitações também ao leitor, que, em seguida, verá não terem sido estas palavras de exagero. E felicitações à autora, por tudo, sempre.

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da atribuição de responsabilidade jurídico-penal aos indivíduos que, em concurso, praticam os chamados delitos especiais, os quais exigem do autor determinadas qualidades ou condições pessoais, expressas ou pressupostas na fórmula legal.

Para tanto, inicia-se por uma breve análise evolutiva das principais teorias que se ocuparam de definir os conceitos de autoria e participação delitivas ou de oferecer critérios de determinação do grau de responsabilidade dos intervenientes no delito, apontando-lhes os méritos e eventuais deméritos.

Na sequência, é delimitado o objeto de estudo, definindo-se os delitos especiais, diferenciando-os de categorias afins e classificando-os conforme critérios que influam no estudo da problemática do concurso de agentes.

Os delitos especiais são também estudados sob a ótica de seu fundamento material, perquirindo-se sobre a razão de, nesses delitos, o legislador empreender uma limitação do círculo de autores a determinadas categorias de sujeitos.

Por fim, procede-se a um estudo das conformações possíveis da codelinquência nos delitos especiais, primordialmente do concurso de indivíduo qualificado (*intraneus*) e indivíduo não qualificado (*extraneus*), expondo e avaliando as soluções ofertadas pelas principais teorias contemporâneas da participação delitiva e a possibilidade de serem recepcionadas pela dogmática brasileira.

Palavras-chave:

Concurso de pessoas, crime especial, autoria e participação.

ABSTRACT

The present work is intended to study the laying of legal-criminal liability to individuals that, by concerted action, practice the so-called *status offenses*, which require from the offender certain personal qualities or conditions, expressed or presupposed in the general criminal rule.

To this effect, the work begins with a brief evolutive analysis on the main theories which aimed at defining the concepts of perpetrator and criminal participation or at offering criteria to determine the degree of liability to the offense intervening parties, pointing them their merits and occasional demerit.

The study object is then limited, with definition of the *status offenses*, differentiating them from related categories and classifying them pursuant to the criteria with influence on the agents concerted action problems.

The *status offenses* are also studied under the material grounds point of view, with inquisition on the reasons for the legislator to proceed a limitation of the possible perpetrators to given classes of individuals in these offenses.

Finally, a study of possible forms of co-delinquency on the *status offenses* is made, comprising primarily the concerted action between a qualified individual (*intraneus*) and a nonqualified individual (*extraneus*), expounding and analyzing the most important theories regarding criminal participation and the possibility of them being accepted by the Brazilian doctrine.

Key-words:

Concerted action, *status offenses*, authorship and participation on a crime.

ABREVIATURAS



ACR – Apelação Criminal

CP – Código Penal Brasileiro

CPE – Código Penal Espanhol

CPI – Código Penal Italiano

CPM – Código Penal Militar

Des. – Desembargador(a)

EINACR – Embargos infringentes e de nulidade na
Apelação Criminal

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro(a)

ÖStGB – Código Penal Austríaco

Pet. – Petição

RCCR – Recurso Criminal

Rel. – Relator(a)

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA – A PRESENÇA DOS DELITOS ESPECIAIS NO DIREITO PENAL	21
1.1. Os delitos especiais no Direito Penal clássico.....	21
1.2. Os delitos especiais no moderno Direito Penal	25
1.3. O tema do concurso de agentes: a figura do <i>intraneus</i> e do <i>extraneus</i>	30
CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DELITIVAS	37
2.1. Introdução	37
2.2. Breves linhas sobre a evolução histórica da autoria e da participação na dogmática jurídico-penal.....	38
2.2.1. O sistema unitário.....	38
2.2.1.1. Conceito unitário de autor	39
2.2.1.2. Teorias negativas da participação em sentido estrito...45	
2.2.2. O sistema diferenciador	46
2.2.2.1. Conceito extensivo de autor.....	47
2.2.2.1.1. Teorias subjetivas da intervenção delitiva.....	50
2.2.2.2. Conceito restritivo de autor.....	55
2.2.2.2.1. Teorias objetivas da intervenção delitiva	61
2.2.2.2.1.1. Teoria objetivo-formal	61
2.2.2.2.1.2. Teoria objetivo-material.....	68
2.2.2.2.2. A postura do legislador pátrio	71
2.2.2.2.3. O critério do domínio.....	85

2.2.2.2.3.1. Teoria do domínio final do fato.....	85
2.2.2.2.3.2. Teorias normativas do domínio do fato.....	89
2.2.2.2.3.3. Teoria da pertinência do delito.....	97

CAPÍTULO 3 - OS DELITOS ESPECIAIS:

DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO	103
3.1. Delimitação conceitual	103
3.1.1. Delito especial <i>versus</i> delito comum	103
3.1.2. Delito especial <i>versus</i> delito próprio	113
3.2. Distinção entre delitos especiais e figuras assemelhadas.....	115
3.2.1. Delito especial <i>versus</i> delito de mão própria	115
3.2.2. Delito especial <i>versus</i> delito omissivo	119
3.2.3. Delito especial <i>versus</i> delito de infração de dever.....	124
3.3. Classificação dos delitos especiais.....	126
3.3.1. Delitos especiais próprios e delitos especiais impróprios.....	126
3.3.2. Delitos especiais por motivos naturais e delitos especiais por motivos jurídicos.....	130

CAPÍTULO 4 - SUBSTRATO MATERIAL DOS DELITOS ESPECIAIS: A *RATIO ESSENDI* DA ESPECIAL NORMATIZAÇÃO DE CONDUTAS COM RESTRIÇÃO EM SEDE DE AUTORIA

4.1. Considerações iniciais	133
4.2. Os delitos especiais como delitos de infração de dever extrapenal.....	135
4.2.1. Aspectos preliminares	135
4.2.2. A tese de Roxin	139
4.2.3. A tese de Jakobs	146
4.2.4. Análise crítica.....	151
4.3. Os delitos especiais como delitos de domínio.....	157
4.3.1. Aspectos preliminares	157
4.3.2. O domínio sobre o fundamento do resultado (Schünemann).....	159

4.3.3. O domínio sobre a estrutura social (Gracia Martín)	162
4.4. Valoração crítica: o critério do acesso ao bem jurídico protegido.....	166
4.5. Implicações para a tradicional classificação dos delitos especiais em próprios e impróprios: são os delitos especiais impróprios legítimos delitos especiais?.....	169

CAPÍTULO 5 - CONCURSO DE AGENTES

NOS DELITOS ESPECIAIS:

A VALORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO

DO *EXTRANEUS* 175

5.1. Considerações preliminares.....	175
5.2. Delitos especiais próprios.....	177
5.2.1. Hipótese 1: o <i>extraneus</i> que participa da ação faticamente dominada pelo <i>intraneus</i>	177
5.2.1.1. A propósito do problema do “instrumento doloso não qualificado”	181
5.2.2. Hipótese 2: o <i>extraneus</i> que domina faticamente a atividade delitiva.....	187
5.2.2.1. A propósito do problema do “instrumento qualificado que atua sem dolo”	189
5.3. Delitos especiais impróprios.....	192
5.3.1. Unidade <i>versus</i> ruptura do título de imputação	192
5.3.1.1. Hipótese 1: o <i>extraneus</i> que participa da ação faticamente dominada pelo <i>intraneus</i>	198
5.3.1.2. Hipótese 2: o <i>extraneus</i> que domina faticamente a atividade delitiva.....	199
5.4. As chamadas “circunstâncias comunicáveis”: interpretação integradora do art. 30 do Código Penal Brasileiro	202
5.5. Reflexões sobre o grau de merecimento de pena do interveniente <i>extraneus</i> : de novo a questão do acesso ao bem jurídico protegido.....	208

CONCLUSÕES	215
-------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	223
---	------------

CAPÍTULO 1

EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA – A PRESENÇA DOS DELITOS ESPECIAIS NO DIREITO PENAL

“Um âmbito particularmente polêmico no Direito Penal contemporâneo é o dos delitos especiais. Estes delitos interessam à dogmática jurídico-penal de maneira peculiar. Simplesmente é necessário constatar o importante número de delitos especiais que consagra o Código Penal, e os numerosos problemas teóricos e práticos que se apreciam em matéria de autoria e participação para compreender a transcendência deste tema. Para poder interpretar corretamente os delitos especiais, acredito que devemos ter muito claro, como ponto de partida, que estes delitos se incorporam ao Código Penal com uma finalidade bem definida, que é a limitação do número de autores”.¹

1.1. Os delitos especiais no Direito Penal clássico

Não é novidade, nem mesmo dado recente, a previsão, pelas legislações penais ocidentais, dos chamados “delitos especiais” ou, na nomenclatura habitualmente empregada no Brasil, “delitos próprios”,² aqui definidos em caráter provisório como aqueles que, ao contrário dos ditos “delitos comuns”,³ apresentam em sua confi-

¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Autoría y delitos especiales. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2001. v. 1, p. 1014. Trecho traduzido livremente para o português.

² A crítica a tal nomenclatura será oportunamente feita no capítulo terceiro, dedicado à conceituação da figura, item 3.1.2.

³ A categoria integrada pela maioria das figuras delitivas existentes caracteriza-se pela

guração típica uma restrição do círculo de possíveis autores.⁴

Nesses delitos, apenas determinados sujeitos estão habilitados a assumir a posição de autor, o que sucede em virtude de a norma que tipifica a conduta criminosa exigir a reunião, na figura do autor único individual ou do interveniente principal, de certas qualidades ou condições não compartilhadas pela generalidade das pessoas.

A origem da disciplina dessa classe de delitos remonta ao Direito Penal romano⁵ que, sob a nomenclatura *delicta propria*,⁶ definia os ilícitos penais que apenas podiam ser cometidos por uma classe determinada de cidadãos. Na época, esses tipos penais, considerados “delitos de estado”, voltavam-se exclusivamente à punição de condutas praticadas por indivíduos que detinham um determinado *status* na sociedade, no caso, os militares, funcionários públicos e religiosos.⁷

Em sua obra referência no tema, Gonzalo Quintero Olivares sinaliza, em termos quantitativos, a importância que já assumiam os delitos especiais nas legislações penais europeias do final do século XIX e início do século XX, destacando, nesse quesito, os códigos penais da Alemanha e da Suíça.⁸

No contexto do chamado Direito Penal clássico, seguiu-se o predomínio da identidade entre delitos especiais e injustos

admissão, como autor, de qualquer pessoa natural que realize o sentido da conduta descrita no tipo.

⁴ Na definição de Víctor Gómez Martín, que se assume como ponto de partida deste trabalho: “*Serán delitos especiales todos aquéllos en los que no puede responder como autor cualquier persona, sino únicamente ciertos sujetos*” (Gómez Martín, Víctor. *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer, 2006, p. 59).

⁵ Embora os romanos não tenham desenvolvido uma sistematização dos institutos penais, como se conhece hoje em dia, a menção a um “Direito Penal romano” homenageia o desenvolvimento da matéria ao longo da história da civilização romana. Destaca-se, aqui, a afirmação do caráter público do Direito Penal, perseguido e punido pelo Estado, com o surgimento do Império. Sobre as características desse “Direito Penal romano” e sua evolução histórica, confira-se: REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1, p. 77-80.

⁶ Exceção à regra do chamado *delicta communia*, do qual qualquer cidadão poderia ser autor.

⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 59.

⁸ Vide QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*. Barcelona: CYMYS, 1974, p. 10-13.

funcionais e militares. Por Direito Penal clássico⁹ ou nuclear,¹⁰ entendem-se as normas e princípios jurídico-penais de inspiração iluminista, fortemente apegados a garantias liberais como a restrição da intervenção penal (direito penal mínimo e de *ultima ratio*) e voltados à proteção de bens jurídicos individuais e patrimoniais em face dos mais graves ataques, notadamente de condutas de índole lesiva.¹¹

O emprego da expressão “clássico” serve, assim, para designar esse Direito Penal cujas notas características se inspiram na tradição filosófica do Iluminismo.¹² Não remete necessariamente, à produção de uma época determinada, sendo certo que os códigos penais modernos jamais renunciaram aos ideais liberais na previsão das condutas que até hoje são socialmente reputadas mais gravosas e, assim, de competência tipicamente penal.¹³

As legislações penais europeias do século XIX basicamente previam, como figuras restritivas da categoria da autoria, aquelas que tipificavam condutas praticadas por funcionários e militares, os quais eram vistos como integrantes de determinada classe ou estamento regido por suas próprias normas e, dessa forma, peculiarmente vin-

⁹ Conforme lição de Winfried Hassemer: “Quando eu falo de clássico, eu quero dizer com isso que o objeto indicado situa-se na tradição da filosofia política do Iluminismo. ‘Clássico’ no Direito Penal não se esgota, como de costume, em uma determinada época ou em um determinado número de objetos (...). Segundo este entendimento, o Direito Penal clássico desenvolve-se pela morte do Direito Natural” (HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev./mar. 2003, p. 146).

¹⁰ Expressão empregada por Jesús María Silva Sánchez para designar esse mesmo Direito Penal clássico, a cujas figuras delitivas associa o emprego da pena privativa de liberdade como instrumento simbólico-comunicativo de coerção estatal (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2008, p. 176-182).

¹¹ Idem, p. 165

¹² Assim, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 24.

¹³ Prova incontestada da vigência dos ideais preconizados pelo liberalismo burguês é a sobrevalorização, pelo nosso Código Penal, da proteção do patrimônio em face de outros bem jurídicos, a ponto de condutas atentatórias à propriedade merecerem, aos olhos do legislador penal brasileiro, maior reprovação do que outras que afetem, por exemplo, a integridade corporal ou a liberdade individual. Tome-se, por exemplo, a figura qualificada do furto prevista no § 4º do art. 155 do Código Penal, com margem penal variável entre 2 e 8 anos, além de multa, e os delitos de lesão corporal grave, com pena de 1 a 5 anos (art. 129, § 1º, do CP) e cárcere privado (art. 148 do CP), este último sancionado com reclusão de 1 a 3 anos.

culados à preservação dos bens jurídicos tutelados.¹⁴

No Brasil, as figuras do peculato, prevaricação e violência arbitrária já estavam previstas no Código Penal do Império (1830),¹⁵ e a corrupção, tipificada desde o período das Ordenações do Reino.¹⁶ A disciplina dos delitos propriamente militares¹⁷ se verificava em épocas ainda mais remotas, embora a sistematização sob um diploma específico tivesse surgido apenas no período republicano.¹⁸

A exceção ficava a cargo de poucos tipos penais especiais que, não obstante tivessem relevância concreta diminuta, atraíram e acabaram por concentrar as atenções dos escassos estudos dedicados aos reflexos da construção típica com restrição em sede de autoria para a teoria do delito. Foi o que se deu na Espanha¹⁹ com os delitos de parricídio e infanticídio,²⁰ e, com esse último, no Brasil.²¹

¹⁴ BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 33-34.

¹⁵ PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2006, p. 36, 123 e 141.

¹⁶ Idem, p. 94.

¹⁷ Entende-se por delito propriamente militar aquele que tipifica conduta que necessariamente exija um autor militar, como é o caso dos tipos de deserção (art. 187 e ss. e art. 391 do Código Penal Militar), insubordinação (arts. 163 e ss. e 387 e ss. do CPM) e abandono de posto (arts. 195 e 390 do CPM). Ao contrário, os delitos impropriamente militares admitem como autores tanto militares quanto civis que atentem contra bens jurídicos confiados à Justiça Penal Militar, sendo, portanto, delitos comuns. É o caso, por exemplo, dos crimes de homicídio (art. 205 do CPM) e lesão corporal (art. 209 do CPM).

¹⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20-21.

¹⁹ Segundo nos relata Gómez Martín (op. cit., p. XXXII): “*Por lo que respecta al Derecho penal español, la discusión sobre el concepto, el fundamento y sus consecuencias para las teorías de la autoría y la participación y la tentativa se mantuvo centrada, hasta la entrada en vigor del CP de 1995, en torno a dos de los delitos especiales más emblemáticos de toda nuestra historia legislativa: el parricidio y el infanticidio. En los Códigos penales antecedentes al actual de 1995, estos dos delitos no eran, en absoluto, los únicos delitos especiales. Ni siquiera se trataba de los delitos especiales de mayor relevancia práctica, ya que escasos eran los supuestos en los que las cuestiones dogmáticas, vinculadas a estos delitos que constituían objeto de preocupación doctrinal, llegaban a los tribunales*”.

²⁰ Ambas as figuras foram revogadas pela reforma legislativa que culminou na entrada em vigor do Código Penal Espanhol de 1995. Na história legislativa brasileira, o parricídio nunca foi alçado à figura de delito autônomo, configurando mera causa (subjativa) de aumento de pena. Assim, ao indivíduo que causa dolosamente a morte do(a) próprio(a) progenitor(a), imputa-se-lhe o delito de homicídio do art. 121, agravando-se a pena-base conforme a circunstância genérica do art. 61, inc. II, alínea e. Por sua vez, o infanticídio encontra guarida até os dias atuais no art. 123 do Código Penal.

²¹ Também no Brasil, a doutrina dedicou-se, escassa e superficialmente, à problemática

Foi aproximadamente a partir da década de 1960 que a doutrina internacional passou a dedicar maior atenção à construção típica dos delitos especiais e a nela identificar particularidades que refletiam significativamente na questão da atribuição de responsabilidade aos distintos intervenientes. Em 1963, Claus Roxin já lançava a sua “teoria dos delitos de infração de dever”, tendo em mente primordialmente os delitos ditos “funcionais”, que preveem como autor o funcionário público.²²

A expressividade (numérica, inclusive) representada pelos delitos militares e funcionais nos ordenamentos jurídicos brasileiro²³ e alienígena por si só justificava um estudo dedicado à estrutura dos tipos penais especiais. A preocupação da comunidade jurídica com o tema ganhou, contudo, mais força a partir da crescente tipificação dos delitos que obedecem à mesma estrutura dos já mencionados. Essas novas figuras inserem-se no contexto do que se convencionou chamar “moderno Direito Penal”.

1.2. Os delitos especiais no moderno Direito Penal

Nas últimas décadas, identifica-se claramente um aumento da produção legislativa em matéria penal. Grande parte dessa criação normativa está relacionada com a regulação penal de novos âmbitos de atuação, como o econômico e o ambiental, cuja tutela se atribui à atuação do “moderno Direito Penal”. Por “moderno Direito

dos delitos especiais, sendo igualmente verdadeiro que, aqui, as poucas incursões dogmáticas no tema focalizaram a figura do infanticídio, a respeito da qual é fundamental a remissão aos comentários de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5) e à obra de Andrés Augusto Balestra (*Infanticídio: impropriedade de uma figura autônoma*. Dissertação [Mestrado]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978).

²² Data da primeira edição de sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, traduzida para o espanhol sob o título *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. 7. ed. alemã Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000).

²³ O Código Penal Militar prevê mais de 260 (duzentos e sessenta) tipos penais especiais. No Código Penal Brasileiro, são 17 (dezessete) artigos no capítulo dos crimes praticados contra a Administração por funcionário público, sem mencionar outros delitos funcionais topograficamente dispostos em capítulos diversos como, a título ilustrativo, a figura especial do art. 301, *caput*, do Código Penal (atestado ou certidão ideologicamente falso).

Penal” designam-se tanto os tipos de delito quanto as regras e princípios orientadores da dogmática e da política criminal que se desenvolveram para o enfrentamento dos problemas surgidos no período pós-industrial, que originaram o que a sociologia nomeou “sociedade do risco”.²⁴

Esta caracteriza-se pela multiplicação dos riscos à coletividade, decorrente dos avanços científicos e tecnológicos que, inevitavelmente, trazem consigo perigos desconhecidos ou de difícil previsibilidade. Embora se possa afirmar, sem dúvida, que o progresso das ciências tenha aumentado a expectativa de vida individual e, desse modo, reduzido significativamente os riscos que se verificavam em tempos passados, no que diz respeito ao âmbito coletivo a situação é oposta. Ao contrário do que previu a mentalidade liberal,²⁵ são cada vez maiores os índices de mortalidade e mais arriscadas as atividades empreendidas pelo ser humano, sendo, por vezes, incomensuráveis as consequências que delas podem advir.²⁶

Por disparatado que possa parecer, “*as idéias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa – e não apesar – do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo*”.²⁷

O papel que acaba por desempenhar o Direito Penal num tal contexto de maximização dos riscos coletivos é exacerbado. Em diversas situações, deixa de ser um mecanismo de *ultima ratio* para converter-se em verdadeiro instrumento de configuração social, por meio de uma política criminal cada vez mais atuante.²⁸

²⁴ Expressão que lança o sociólogo alemão Ulrich Beck para designar a configuração social da pós-modernidade. Vide: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

²⁵ “O desenvolvimento tecnológico e científico incessante, colocado à disposição dos homens dentro do sistema de produção capitalista foi visto, até muito pouco tempo, de modo absolutamente positivo, capaz de outorgar aos seres uma qualidade de vida cada vez maior, mesmo que restrita ao enfoque do consumo de mercadorias. (...) Apenas com a percepção da perda do controle do próprio desenvolvimento é que se começa a constatar a quebra do sonho do domínio integral pela razão burguesa” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 92).

²⁶ Para uma mais detalhada descrição desse quadro, vide: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-38.

²⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 20.

²⁸ Essa, a “funcionalização” do Direito Penal, à qual alude Francisco Muñoz Conde ao caracterizar esse Direito Penal “moderno” (MUÑOZ CONDE, Francisco. O “moderno” direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. Trad. Vicki Sulocki.

O objeto de tutela desse Direito Penal “moderno” deixa de ser os bens jurídicos individuais e passa a ser os bens coletivos, difusos ou metaindividuais,²⁹ tutelando-se apenas por via mediata ou transversa a pessoa humana individualmente considerada. Tais bens difusos são as instituições sociais, de caráter civil ou estatal, suas funções ou modelos de organização.³⁰

Para proteção desses novos bens ante os riscos atrelados ao progresso técnico e científico³¹ ou à potencialização das inter-relações sociais³² em âmbitos como o econômico, o financeiro e o ambiental, não bastam as estruturas tradicionais do Direito Penal clássico, orientadas a uma ideia de lesão do bem jurídico individual protegido.³³ Quando em jogo a coletividade, o uso de alguns mecanismos de antecipação de tutela passa a ser necessário.³⁴ A tipificação de condutas de perigo

In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 38).

²⁹ Com relação ao debate sobre a conceituação e distinção entre bens coletivos, difusos ou supraindividuais, explana e posiciona-se Renato de Mello Jorge Silveira: “A doutrina brasileira, sob influência italiana, é verdade, tem tido por correta a nomenclatura ‘interesses difusos’ sem maiores críticas. Ao revés, toma os bens supra-individuais e difusos, senão por sinônimos, como complementares dos ‘interesses coletivos’. Ainda que se prefira a denominação ‘supra-individual’ por imposição da própria lei nacional, é de se ter todos como sendo o mesmo, ao menos em sentido amplo. A distinção realizada quanto às pessoas, determinadas ou indeterminadas, de um certo grupo perderá a razão de ser ao se tomar a necessidade de que, mesmo dentro de uma massa indistinta de pessoas, alguns agentes tenham de ser identificados para poder-se configurar uma lesão ou, ao menos, um prognóstico de lesão a um bem penalmente protegido” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58-59).

³⁰ Assim, HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 150; e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 110-111.

³¹ Os quais se revelam como efeitos secundários e, por isso, não visados pelo processo de modernização.

³² “...En efecto, nos ha tocado vivir en una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual – por las necesidades de cooperación y de división funcional – ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 16).

³³ “Importa (...) verificar como um modelo de direito penal liberal, prudente e dotado de um arsenal de meios limitadores de sua atuação mostra-se incapaz de atender às atuais e crescentes demandas preventivas. De fato, as inadequações e insuficiências do aparato estatal diante da complexidade desses novos fenômenos nocivos inspiram modificações em suas premissas e nos seus métodos de atuação” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 23).

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 39.

é um desses instrumentos de que tem lançado mão - às vezes de forma desmedida, é verdade - o legislador penal em tempos presentes.

Além da previsão de responsabilidade penal pela prática de condutas meramente perigosas, o legislador, interessado na proteção de bens jurídicos universais, recorre a outro mecanismo importante, que consiste na crescente tipificação das chamadas “posições de garantia”, por meio das quais se atribui a indivíduos determinados o dever de asseguramento da indenidade dos bens jurídicos em jogo.

Esse é o motivo para a cada vez mais presente criminalização de condutas culposas e omissivas, mas que igualmente explica a tendência legislativa claramente verificável em países como Alemanha e Espanha, e também no Brasil, de emprego da fórmula dos delitos especiais, os quais, pouco a pouco, deixam de ser identificáveis exclusivamente com aqueles delitos de classe, assim entendidos os crimes funcionais e os militares, e ganham espaço no específico ramo do Direito Penal supraindividual,³⁵ ampliando ainda mais a relevância de seu estudo para a dogmática penal.

A fixação de posições de garantia revela-se, em realidade, um interessante mecanismo à disposição do legislador contemporâneo. Por um lado, permite a delimitação de esferas de responsabilidade, atribuindo a indivíduos que desempenhem atividades ou exerçam funções ou papéis de relevo social um dever diferenciado de asseguramento das expectativas quanto ao regular funcionamento das estruturas que lhe são confiadas.³⁶ Por outro lado, o faz com pouco custo para a liberdade³⁷ individual.³⁸

³⁵ Alude Luis Gracia Martín ao fato de que “no direito penal econômico a grande maioria dos delitos se configuram como especiais, ao tipificar comportamentos de sujeitos que participam do tráfico econômico a partir de determinadas posições formalizadas e, por vezes, quase institucionalizadas” (Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal. *Estudios del ministerio fiscal*. n. I, Madri, 1995, p. 866. Traduzido livremente para o português).

³⁶ “O crescente estabelecimento de garantias, ou seja, pessoas voltadas ao cuidado do bem jurídico, sob pena de serem incriminadas, soa adequado aos anseios de segurança da sociedade de risco” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit., p. 138).

³⁷ Noção aqui empregada em sua acepção moderna. Na lição de Celso Lafer: “*Liberdade como não-impedimento (...) uma liberdade negativa e privada que responde às perguntas: ‘Quanto sou governado?’, ‘Qual é o grau de interferência dos outros e do Estado na minha vida?’*” (LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 18).

³⁸ Nessa linha, célebre tornou-se a assertiva de Günther Jakobs, segundo quem “*nem tudo*

Com âmbitos de responsabilidade bem definidos, ainda, a ameaça da sanção, como função preventiva (geral) da pena³⁹ atinge mais certamente seus objetivos.

Como exemplos brasileiros dessa previsão de delitos especiais em âmbitos de atuação do moderno Direito Penal, podem-se citar os delitos societários (art. 177 do Código Penal, originário da Lei federal 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a quase totalidade dos delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei federal 7.492, de 16 de junho de 1986), o crime de concorrência desleal (art. 195 da Lei federal 9.279, de 14 de maio de 1996), bem como algumas figuras típicas da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (v.g., art. 168 da Lei federal 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Nesses tipos penais, voltados à tutela de bens jurídicos de caráter metaindividual como são, por exemplo, as ordens econômica e financeira, o que desencadeia a intervenção estatal de cunho penal não é mais a ofensa ao patrimônio atribuída a um sujeito específico, mas o perigo que se origina de determinadas condutas para a esfera patrimonial de um grupo de indivíduos muito mais numeroso, bem como para a própria confiabilidade social de que gozam as instituições.

Em virtude dos efeitos coletivos que podem produzir condutas lesivas nesses âmbitos de atuação, o legislador opta por antecipar a barreira de proteção penal, tipificando condutas muitas vezes meramente arriscadas ou perigosas e atribuindo a uma classe determinada de pessoas, em razão de critérios que serão avaliados ao longo deste trabalho, o papel de garantidores (ou garantes) do bem jurídico penalmente tutelado.⁴⁰

é assunto de todos”, a significar que nem sempre condutas benéficas ou protetivas dos bens jurídicos portadores de dignidade penal são exigíveis para a generalidade da população, ainda que esteja concretamente em condição de fazê-lo (La prohibición de regreso en los delitos de resultado: estudios sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 266).

³⁹ Entendida a função preventivo-geral tanto em seu aspecto negativo, como intimidação social, quanto positivo, no sentido da reafirmação da vigência normativa. Para maior elucidação do tema, confira-se: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 216 e ss.

⁴⁰ Assim, no que diz respeito especificamente às figuras do art. 177 do Código Penal, lecionam Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr.: “*Como titulares de uma função legal, os*

É precisamente da atribuição da responsabilidade penal principal pelo regular funcionamento de certa instituição a um grupo determinado de indivíduos que decorre a natureza especial dos tipos de delito que disciplinam condutas perigosas aos bens jurídicos protegidos.

Abdica-se, assim, de reprimir toda e qualquer conduta que possa vir a ameaçar as estruturas tuteladas, conferindo relevância jurídico-penal apenas – ou primordialmente, conforme se verificará – àquelas advindas de sujeitos a que o Direito Penal, por meio das figuras típicas especiais, atribui a condição de garantidores.

1.3. O tema do concurso de agentes: a figura do *intraneus* e do *extraneus*

Em princípio, conforme bem sinalizou Gonzalo Quintero Olivares, a definição do que seja autoria no campo do Direito Penal não deveria ser tarefa difícil. É intuitivo afirmar-se que autor de um delito é aquele que realiza a ação descrita no tipo penal, mais especificamente, aquele que mata, que lesiona, que subtrai bem alheio. As dificuldades surgem, entretanto, quando, para a comissão de um mesmo fato típico, concorrem distintas pessoas, mediante contribuições de diferentes entidades.⁴¹

É aí que se dá o chamado *concurso de agentes*, *codelinquência* ou *concurso de pessoas*,⁴² esta última, a nomenclatura eleita por

*diretores deverão transformar-se em guardiães e em fiadores de todos os interesses que desfrutem de proteção, no âmbito da disciplina legal do fenômeno societário. Devem visar ao interesse social, sempre ajustado, porém, aos legítimos interesses ‘uti singuli’ dos sócios e dos credores sociais”. “A sujeição a uma série de responsabilidades penais constitui, portanto, aspecto essencial e característico da posição jurídica do diretor” (PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*. 3. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 19-20).*

⁴¹ “Naturalmente cuando sólo hay un interviniente en el delito los problemas de identificación jurídica del autor se reducen notoriamente; por eso el estudio de la autoría es a la vez el estudio de la participación criminal, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de uno u otro modo en la comisión del delito, y a la pena que les es aplicable en función de esa intervención” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 606-607).

⁴² Referir-se-á, ao longo de todo este trabalho, ao denominado “concurso eventual” de pessoas, em contraposição ao dito “concurso necessário”, verificável naquelas figuras delitivas que só se realizam por meio da pluralidade de agentes, sendo este requisito típico fundamental. Como exemplos de tipos delitivos de concurso necessário, podem-

nosso legislador penal⁴³ para designar o fenômeno da comissão de um único delito por dois ou mais sujeitos ativos.

O concurso de agentes possui, assim, caráter monista, o que, será visto, pode ser deduzido do teor de alguns dispositivos do nosso Código Penal. Tal característica advém da interpretação das distintas contribuições dos diversos concorrentes como realização de um mesmo e comum delito⁴⁴ desde que, evidentemente, presentes os requisitos determinantes do concurso de pessoas.⁴⁵

As dificuldades relacionadas à codelinquência dizem respeito à distribuição da responsabilidade penal entre os distintos sujeitos em concurso, problema para o qual foram propostos critérios vários que permitissem dizer em que casos a contribuição ao delito equivaleria à autoria, em que outros, à participação ou, até mesmo, à colaboração impune.⁴⁶ Tais critérios serão, de forma breve e simplificada,

-se citar a rixa (art. 137 do CP), a quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e o crime de cartel (art. 4º da Lei federal 8.137/90). O tema que ora se passa a enfrentar diz respeito à prática delitiva em pluralidade de sujeitos ativos, quando o crime poderia, perfeitamente (e assim o vislumbra o legislador quando da redação típica), ser cometido por um único indivíduo. Dá-se, aí, o concurso (eventual) de agentes. A respeito da distinção, confira-se a lição de BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 258-259.

⁴³ Nomenclatura que inaugura o Título IV da Parte Geral do Código Penal após a reforma de 1984.

⁴⁴ “A violação da norma penal pode resultar da ação de um só ou de vários agentes. No primeiro caso, o mesmo indivíduo delibera, planeja e executa o crime, encarregando-se de todos os atos que se tornem necessários para consumá-lo ou, pelo menos, tentá-lo. No segundo – muito embora a infração possa, abstratamente considerada, ser realizada por uma só pessoa – na realidade concorrem para produzi-la dois ou mais indivíduos, repartindo entre si os encargos da tarefa criminosa. Temos neste último caso o concurso de pessoas em um delito (...)” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Buschatsky, 1976, p. 18).

⁴⁵ Requisitos que podem ser sintetizados nas seguintes elementares, a serem verificadas cumulativamente: (i) pluralidade de agentes; (ii) pluralidade de condutas; (iii) nexo de causalidade entre cada conduta e o resultado delitivo; e (iv) acordo de vontades, esta última, a elementar que determinará a unidade de delito. Já se discutiu se o requisito do acordo de vontades, como liame psicológico ou subjetivo entre os concorrentes, deveria ser entendido como “ajuste prévio”, chegando a doutrina majoritária à conclusão no sentido negativo, principalmente quando se está diante dos chamados crimes permanentes, para os quais é plenamente admissível que um segundo ou terceiro interveniente venha a aderir ao plano do primeiro, no curso da execução, contribuindo para a empreitada criminosa. Cf. LEIRIA, Antônio José Fabricio. *Autoria e participação criminal*. São Paulo: DAVIDIP Ed., 1974, p. 37-65; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418-419; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 444.

⁴⁶ A respeito desses critérios que compõem a chamada “teoria da autoria”, leciona Juarez

explorados no capítulo segundo deste trabalho.

Dentre as classes delitivas que oferecem problemas adicionais à já árdua tarefa de interpretação jurídico-penal das contribuições dos distintos intervenientes ao delito, encontra-se a categoria dos delitos especiais.⁴⁷

Essa dificuldade exsurge evidente quando se admitem os delitos especiais como figuras típicas com restrição em sede de autoria. Assim, se, por um lado, a doutrina penal não titubeia ao afirmar a impossibilidade de um sujeito que não possua as características pessoais exigidas no tipo (assim, por exemplo, ser funcionário público, médico, advogado ou gestor de instituição financeira) cometer individualmente o delito, por outro, a solução deixa de ser tão simples quando o crime é cometido por meio do concurso de indivíduos qualificados e indivíduos não qualificados, conforme as exigências típicas.

O sujeito qualificado, apto a praticar individualmente o delito especial, é designado *intraneus*. O sujeito não qualificado, incapaz de realizar sozinho a figura típica, é designado *extraneus*.

Assim, por exemplo, no crime de abandono de posto (art. 195 do CPM), é *intraneus* o militar, e *extraneus*, o civil. Nos crimes funcionais, é o funcionário público *intraneus*, e o particular, *extraneus*. No falso testemunho (art. 342 do CP), é *intraneus* a testemunha, e *extraneus*, o advogado, o familiar ou qualquer um que não preste, em juízo ou em processo administrativo, o compromisso de dizer a verdade. Assim por diante.

Não se admite, destarte, a atribuição ao réu do crime de falso testemunho. Ao filho do funcionário público, a responsabilização

Cirino dos Santos: “Como o problema central dessa teoria consiste na identificação do sujeito ativo (singular ou plural) do tipo de conduta proibida, a questão que se coloca é a dos critérios dessa identificação: são os critérios de identificação do autor e do partícipe que constituem e, de certo modo, fazem a história da teoria” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 120).

⁴⁷ Ademais dos delitos especiais, é também certamente digna de estudo aprofundado a temática do concurso de pessoas nos delitos culposos, nos delitos omissivos e nos delitos de mão própria. Por extrapolar os objetivos deste trabalho, circunscrito aos delitos especiais, a problemática envolvendo estas outras classes delitivas será meramente tangenciada em algumas passagens, sem, contudo, se pretender adentrar o tema ou tomar qualquer postura em relação a ele.

por concussão. Ou, ainda, ao cidadão civil a atribuição de ato de hostilidade contra país estrangeiro.

A dúvida surge, no entanto, quando *intraneus* e *extraneus* se somam, mediante acordo de vontades, para o cometimento de um delito especial. Dá-se aí a modalidade de concurso de pessoas que interessa para os fins deste trabalho.⁴⁸

Evidentemente, pois, se não pode um *extraneus* praticar, isoladamente, um delito especial, tampouco poderão fazê-lo dois, nem mesmo uma quadrilha de indivíduos não qualificados. Por outro lado, também não gera problemas, além dos tradicionalmente relacionados ao tema da codelinquência, a prática de delito especial por mais de um *intraneus*. Agora, quando qualificados e não qualificados (*intraneus* e *extraneus*) praticam em conjunto um delito especial, a atribuição de responsabilidade traz importantes questionamentos.

Do fato de serem exigidas determinadas qualidades do autor de um delito especial não deriva a inviabilidade de que terceiros não qualificados (*extranei*) possam lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido. Embora em alguns casos seja difícil imaginar a situação em questão, noutros, a hipótese é não apenas plenamente factível, como muitas vezes verificável na prática. Seria o caso, por exemplo, do particular que presta auxílio material ao funcionário público que subtrai valores da Administração Pública; do empresário particular que contrata com instituição financeira, e no interesse do qual se pratica delito de gestão fraudulenta; do paciente que exerce pressão psicológica sobre o médico para que este não informe às autoridades competentes sua doença, cuja notificação é compulsória.

Em desfavor da responsabilização penal desses indivíduos *extranei* advoga o princípio da legalidade. Os exatos limites dessa imputação, no entanto, são objeto de constantes debates na doutrina alienígena, com destaque para a alemã e para a espanhola. No Brasil, criou-se o hábito de recorrer à disciplina do art. 30 do Código Penal, que trata das chamadas “*circunstâncias incomunicáveis*”,⁴⁹

⁴⁸ “A doutrina reconhece que um sujeito despojado de qualificações pessoais (*extraneus*) possa concorrer na prática de um crime realizável por um sujeito qualificado (*intraneus*). Assim, o cidadão comum poderá concorrer na prática de um crime próprio, como a deserção, instigando um militar” (COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139).

⁴⁹ Dispõe o art. 30: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter

para afirmar a possibilidade irrestrita de fazer responder o *extraneus* pelo delito especial para o qual concorra, seja como autor, seja como partícipe.⁵⁰

A questão, no entanto, não parece assim elementar. Para enfrentá-la adequadamente, será preciso não apenas aprofundar o estudo da estrutura dos delitos especiais, mas também perquirir seu substrato material, é dizer, seu peculiar sentido normativo, bem como percorrer a teoria da autoria e da participação, na busca por um conceito ou critério de imputação de responsabilidade que se revele apto a solucionar adequadamente o tema que se propõe.

“A essência do injusto dos delitos especiais não pode ser apreendida satisfatoriamente a partir dos postulados de qualquer conceito de autor”,⁵¹ afirma Víctor Gómez Martín, tendo em vista a multiplicidade de conformações possíveis da situação de concurso, que vão desde a colaboração menor do partícipe *extraneus* no delito idealizado, desejado e materialmente executado pelo *intraneus* até a situação rigorosamente inversa. Se, na primeira hipótese, pode não parecer demasiado grave impor a pena exclusivamente ao *intraneus*, na segunda, nosso sentido de justiça exige algo mais. Que dirá, então, da instrumentalização do *intraneus* pelo *extraneus*, em situação típica de autoria mediata?

Verifica-se, assim, que a busca pela solução adequada a estas e outras tantas possibilidades de configuração do concurso de

pessoal, salvo quando elementares do crime”. É consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento segundo o qual o dispositivo em questão determinaria, como exceção à regra geral, a comunicabilidade da qualidade do *intraneus* ao eventual *extraneus* que concorra para a comissão do delito especial, permitindo, assim, que as responsabilidades se distribuam entre ambos conforme critérios como o da efetiva contribuição de cada qual para a prática do crime, já sem quaisquer restrições no campo da autoria. O tema será abordado com mais detalhe no capítulo quinto, item 5.4.

⁵⁰ A exemplo da problemática que há de ser enfrentada, no que diz respeito aos crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei federal 7.492 é taxativa em seu art. 25 quando prevê como penalmente responsáveis pelos crimes ali definidos o controlador e o administrador (diretor ou gerente) da instituição financeira, evidenciando que não se imputam as condutas típicas descritas no diploma legal a terceiros aos quais não seja possível atribuir a qualidade de controlador ou administrador. O mero operador de mesa da instituição financeira, portanto, não pratica, isoladamente, qualquer das condutas típicas descritas na lei. Poderia, contudo, responder a título de coautor ou partícipe, caso se desse o concurso com *intraneus*?

⁵¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 57, traduzido livremente para o português.

intraneus e *extraneus* passa necessariamente pela doutrina da autoria e da participação, a partir da qual se deverá indagar se aos delitos especiais são extensíveis os mesmos critérios aplicáveis aos delitos comuns ou se é necessário perquiri-los sobre outras bases.

CAPÍTULO 2

EVOLUÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DELITIVAS

2.1. Introdução

No centro da atribuição de responsabilidade por um delito, instrumento de atuação do Direito Penal, encontra-se o conceito de autoria. É a partir deste conceito e do conteúdo a ele atribuído que se torna possível identificar, na comunidade, o(s) sujeito(s) sobre quem devem recair as eventuais consequências jurídico-penais do crime, considerado fator de perturbação social.⁵²

Embora a noção de autoria não seja própria do Direito, menos ainda de um determinado ramo dogmático, é certo que ao longo da evolução do Direito Penal e, com maior força, nos tempos recentes, constata-se um crescente apelo doutrinário no sentido de conferir a tal noção um significado jurídico particular e, desse modo, mais independente de sua compreensão ontológica.

A isso, especificamente, voltar-se-á mais adiante quando, a partir da exposição evolutiva do conceito de autoria no Direito Penal, o próprio leitor poderá diagnosticar aludida tendência e as razões que a impulsionaram no específico campo da autoria e da participação delitivas.⁵³

⁵² Sem necessidade de penetrar a fundo na discussão acerca da missão do Direito Penal, eis que é densa e não faz parte dos objetos deste estudo, assume-se este ramo dogmático como meio de controle social, controle esse que se legitima, no Estado Democrático de Direito, dentro de determinados parâmetros como são os princípios da legalidade, fragmentariedade, subsidiariedade e exclusiva proteção de bens jurídicos.

⁵³ Tendência que, aliás, não se cinge à temática da responsabilização pelo delito, mas,

A conceituação penal da autoria não pode ser feita à margem de uma análise, ainda que breve, das principais teorias doutrinárias e jurisprudenciais que, ao longo dos anos, se ocuparam de tal tarefa, aludindo-se a seus méritos e possíveis deméritos, a partir dos quais se terá o arcabouço necessário para avançar no sentido de preferir um dado conceito ou critério e, posteriormente, indagar sobre sua adequação à problemática objeto deste trabalho: a atribuição de responsabilidade no âmbito dos delitos especiais.

2.2. Breves linhas sobre a evolução histórica da autoria e da participação na dogmática jurídico-penal

2.2.1. O sistema unitário

Quando se fala em sistema unitário de autor, está-se a referir às legislações penais que não graduan nem distinguem conforme um critério de relevância as diversas contribuições ao delito. Não diferenciam, assim, intervenções principais de intervenções acessórias, ao reputar típica toda e qualquer conduta inserta no curso causal que culmina no resultado delitivo.⁵⁴

No âmbito desta orientação dogmática, a classificação em “sistema”, “modelo” ou “conceito” unitário revela-se repetitiva e despidiéndose toda vez que se considera – como o faz majoritariamente a doutrina – o sistema unitário conformado unicamente pelo modelo ou conceito unitário de autor, que, por sua vez, origina as chamadas teorias negativas da participação em sentido estrito.

A classificação aqui se adota, a despeito da proclamada desnecessidade, tão somente por razões metodológicas, haja vista que ao sistema unitário da autoria se opõe o adiante abordado sistema

ao contrário, permeia toda a dogmática jurídico-penal, conforme evidencia Santiago Mir Puig ao afirmar que “*el término imputación es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito*” (Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 5, p. 1, 2003). Segundo o mesmo autor, “*imputación es adscripción a un sujeto, no descripción*” (idem, p. 19).

⁵⁴ Por resultado delitivo, alude-se não apenas ao resultado material, que se externaliza, mas também ao resultado jurídico, o qual não se desprende da própria conduta que o produz.

diferenciador, este sim subdividido em distintos conceitos de autor, inspiradores de variadas teorias a respeito da atribuição de responsabilidade aos indivíduos que integram o concurso de pessoas.

Como se verá, o conceito de autor adotado pelo sistema unitário é o mais amplo possível, o que se explica tanto pelo ponto de partida teórico assumido (teoria da equivalência das condições) quanto pelo suporte legal encontrado nos sistemas jurídico-penais que o acolhem como manifestação de uma determinada opção político-criminal.

2.2.1.1. Conceito unitário de autor

A origem do conceito unitário de autor, como dito, se acha na teoria da equivalência das condições, expressão da concepção causalista do injusto penal, segundo a qual é causa de um resultado toda condição sem a qual esse mesmo resultado não se teria produzido, conforme a conhecida fórmula da *condicio sine qua non*.⁵⁵

A intervenção é tomada, assim, por *causa* do delito e, como tal, merece a reprovação penal, sem necessidade de se perquirir sobre seu grau de importância para o sucesso final. É por esse motivo que, para o conceito unitário de autor, o nexo de causalidade se revela como único critério de relevância jurídico-penal de um dado comportamento. Basta a relação causal entre conduta e delito para que se afirme a realização do comportamento típico pelo interveniente.

Igualadas todas as condições e identificadas sob a noção geral de *causa* - daí a expressão “equivalência das condições” - deixa de haver distinção intrínseca ou mesmo valorativa entre as diversas contribuições ao delito. Daí a conclusão segundo a qual toda intervenção causalmente vinculada ao delito se caracteriza como autoria.

Eis a principal consequência desta concepção teórica, expressa por igual no sistema ou conceito unitário de autor, bem assim nas ditas teorias negativas: a ausência de distinção entre autoria e participação

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007, p. 242-243. O autor destaca a formulação primeira da teoria pelo processualista Julius Glaser, ainda em meados do século XIX, e sua originária aplicação por Maximilian von Buri, magistrado do Tribunal Supremo Alemão do Reich, a quem a doutrina costuma atribuir a própria idealização teórica. Por todos, BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 309.

delitivas, considerando-se todo indivíduo que interponha uma causa para o delito como seu autor.

Não importa aqui se a identificação como autoria de toda conduta de contribuição causal ao resultado delitivo é fruto de efetiva crença na impossibilidade de distinguir entre intervenções principais e acessórias ou se advém de mera decisão político-criminal.⁵⁶ Nesse sentido, Hans-Heinrich Jescheck destaca que o conceito unitário de autor possibilita a eliminação de quaisquer lacunas de punibilidade,⁵⁷ sobre cuja indesejabilidade paira certo consenso doutrinário.

A persistência de sistemas que adotam a concepção unitária da autoria é forte indício de que, atualmente, o modelo de fato responde a um determinado anseio político-criminal de compreender o delito como obra comum de todos os intervenientes, igualmente responsáveis, e puni-los de igual forma, com independência e autonomia em relação ao comportamento dos demais.⁵⁸

Nessa linha, uma concepção unitária nos tempos atuais não mais está direta e necessariamente associada à apreensão do delito sob a perspectiva puramente causal, tendo, em certa medida, se desvinculado daquele fundamento primeiro na teoria da equivalência das condições. A escolha do modelo justifica-se como simples preferência por valorar a contribuição de cada sujeito apenas quando da fixação da pena *in concreto* e não em momento anterior da tipificação da conduta.⁵⁹

Importa-se, assim, às hipóteses de concurso de pessoas, a sistemática da autoria única individual, pela qual o autor é o único e integral responsável pelo crime, subsumindo-se sua conduta diretamente no tipo de delito, sendo a consequência desta proposta, no campo da codelinquência, a atribuição, a uma vez, da responsabilidade pela totalidade do crime a todos e a cada um dos colaboradores.⁶⁰

⁵⁶ Conforme Víctor Gómez Martín, que esclarece: “*Según el concepto unitario de autor, no es posible o conveniente distinguir entre la autoría de un delito y su participación en el mismo*” (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 257).

⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 587.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 368.

⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 262.

⁶⁰ Tal proposta conduz à negação da ideia de acessoriedade, que torna as condutas de participação (secundárias) dependentes das de autoria (principais), segundo os sistemas que, se verá adiante, adotam um conceito restritivo de autor. “*La negativa a apreciar diferencia relevante alguna entre las distintas formas de intervención en un hecho implica,*

Como ordenamentos adeptos do conceito unitário de autor, a doutrina indica os sistemas austríaco, norueguês e italiano, este último influenciador do nosso Código Penal de 1940,⁶¹ embora se possam estabelecer algumas diferenciações entre os modelos adotados pelas distintas legislações.⁶²

Tais diferenciações dizem respeito à filiação a uma das duas vertentes em que se costuma classificar o conceito unitário: de um lado, a vertente *formal*; e, de outro, a *funcional*, sendo a primeira caracterizadora do sistema penal italiano, e a segunda, do sistema penal austríaco.

Segundo o modelo unitário formal, construção clássica e ancorada no dogma causal, todo e qualquer indivíduo que intervenha para o delito será, sem qualquer posterior distinção, seu autor. A adoção de tal concepção pelo sistema italiano se expressaria pelo teor do art. 110 do Código Penal daquele país, segundo o qual todo indivíduo que colabora para o delito incorre na pena a ele prevista.⁶³

Extraí-se do dispositivo legal em questão a fixação de um marco penal comum a todos os intervenientes, que é justamente a sanção prevista no tipo do delito e, por conseguinte, aquela aplicável ao autor singular. Da redação do dispositivo, pode-se concluir, então – e assim

a su vez, la negación de todo vínculo de accesoriadad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el mismo, concibiéndose éste como obra de varias personas, no de una ayudada por otras” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 35).

⁶¹ “Reproduzia o nosso código o disposto no Código Penal italiano, que atendia a uma concepção naturalista, visualizando a ação sob o aspecto material, no qual ressalta o aspecto causal, estabelecendo-se dois momentos separados, o objetivo e o subjetivo, este a ser examinado após a verificação do dado objetivo” (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 313).

⁶² Por todos: GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 106.

⁶³ Diz o dispositivo, sem dúvida inspirador do então art. 25 do Código Penal de 1940: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salvo le disposizioni degli articoli seguenti”. O art. 111, que excetua a regra do dispositivo em questão, dispõe sobre hipóteses em que a pena deve ser aumentada: “Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile (c.p.86, 88, 91-1, 96 n.1, 97), ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale (46, 48), risponde del reato da questa commesso; e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l’arresto in flagranza (c.p.p.380, 381), la pena è aumentata da un terzo alla metà. Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la potestà la pena è aumentata fino alla metà o se si tratta di delitti per i quali è previsto l’arresto in flagranza, da un terzo a due terzi”.

conclui a doutrina internacional a respeito do sistema italiano – que a lei penal daquele país não distingue, no campo da tipicidade, entre condutas de autoria e condutas de participação, o que vem a ser uma das características basilares do conceito unitário de autor.⁶⁴

Muito embora ausente a distinção conceitual entre autoria e participação, porquanto seja único o marco penal para todos os colaboradores do delito, o sistema italiano prevê e adota o princípio da individualização da pena (art. 133 do Código Penal Italiano), o que não se incompatibiliza com o sistema eleito.

Fica, contudo, restrita ao momento de aplicação da sanção e às considerações sobre a personalidade e demais circunstâncias subjetivas do agente, a valoração do grau de merecimento de pena de cada interveniente, eis que, desde um ponto de vista objetivo da contribuição, não se admitem gradações.⁶⁵

Já conforme o modelo unitário *funcional* de autor, mais moderno, ainda que se considerem autores todos os colaboradores, formalmente se distinguem categorias ou formas de intervenção no delito.⁶⁶ A legislação austríaca, por exemplo, prevê três modalidades de autoria: autoria imediata, autoria por determinação e autoria por contribuição.⁶⁷

A classificação em questão diferencia o modelo unitário *formal* do modelo unitário *funcional*, na medida em que neste a intervenção no delito, a despeito de fatalmente transitar no campo da autoria, não é interpretada sempre do mesmo modo, mas identificam-se formas diversas pelas quais se manifesta. E embora tal diversidade não interesse desde o ponto de vista da valoração do comportamento, o que é resultado de uma escolha político-criminal, não deixa de ser relevante como apreensão do sentido mesmo da conduta.

O conceito unitário de autor, em quaisquer de suas vertentes,

⁶⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 110.

⁶⁵ A ressalva que aqui se faz diz respeito à previsão, pelo Código italiano, da circunstância atenuante e de caráter facultativo prevista no art. 114, relativa às hipóteses de contribuição de mínima importância na preparação ou execução do delito. Quando se fala, aqui, em uma “mínima importância”, sem dúvida a questão da valoração do comportamento é trasladada ao momento da própria caracterização da contribuição.

⁶⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 106.

⁶⁷ Segundo o § 12 ÖStGB, que prevê: “Não apenas comete a ação punível o autor imediato, mas também todo aquele que determina outro a executá-la ou, de outro modo, contribui para sua execução”.

foi objeto de um sem-número de críticas da doutrina, tanto assim que atualmente poucas são as legislações ocidentais que o mantêm vigente, não sem ressalvas dos juristas. Tais críticas, bem arrazoadas, podem ser resumidas em três pontos fundamentais.

O primeiro deles é que a conceituação da autoria neste modelo está originalmente lastreada na noção da causalidade, ainda que hoje possa ser fundamentada desde uma perspectiva político-criminal. Como dito, o autor é todo aquele que intervém no delito, e toda intervenção determina-se a partir da causação do resultado. É este o único critério pelo qual o delito é atribuível a um ou a vários sujeitos.

Ocorre que não são todos os crimes que se definem tão somente pelo resultado que se pretende coibir, e, mesmo nestes, é razoável presumir que nem toda forma de causação interesse ao Direito Penal.⁶⁸

Uma tal interpretação causal da autoria sem dúvida faz perder de vista a tipicidade, que consolida na esfera penal um dos mais basilares princípios jurídicos do Estado de Direito: a legalidade.⁶⁹ Na medida em que a prática do delito deixa de estar estritamente vinculada à realização da conduta normativamente descrita, esvai-se toda a função garantística do tipo.⁷⁰

⁶⁸ Para o que chamou a atenção a teoria da imputação objetiva ao propor, para os delitos comissivos, a adoção do critério do risco juridicamente desaprovado na análise da realização do tipo objetivo. “(...) *tan sólo pueden desaprobarse jurídicamente aquellas conductas que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino, sobre todo, a la concurrencia de ciertas circunstancias en torno a la posibilidad de producción del daño. (...) De manera similar, otros riesgos tampoco constituyen una razón para legitimar la limitación de la libertad (...). Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados*” (FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 43).

⁶⁹ Por todos: JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 587.

⁷⁰ Conforme Nilo Batista, “Quando se considera toda e qualquer causação de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja toda e qualquer causação típica, já que ‘a base da autoria é o tipo legal’. Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva desse resultado ‘abre’ o tipo e viola o princípio da reserva legal” (Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34-35).

De outro lado, a interpretação de toda contribuição ao delito como autoria, entendendo-o como obra comum, e não de um (ou mais) indivíduo ajudado por outros, implica também uma - assim se entende - equivocada ampliação do sentido do injusto, de qual se extrai seja o conceito unitário de autor incapaz de se aperceber do desvalor concreto da conduta de cada interveniente para o delito,⁷¹ além de conduzir, no plano político-criminal, a uma indesejável ampliação da repressão.⁷²

A terceira das críticas à concepção unitária tem aqui uma importância destacada, pois diz respeito às dificuldades que traz para a solução de casos envolvendo prática de delitos que apresentem em sua configuração típica alguma espécie de restrição em sede de autoria, como o são os delitos de mão própria, os delitos omissivos e principalmente aqueles de que se ocupa este estudo: os delitos especiais.

Embora seja o tema do concurso de agentes nesta constelação delitiva objeto do capítulo quinto, e, por ora, não convenha aprofundar a temática, adianta-se que a censura à adoção do conceito unitário nos delitos especiais se justifica basicamente porque o conceito lhes é, de alguma forma, incompatível, na medida em que incapaz de apreender de maneira adequada a diferença de reprovabilidade entre as condutas do *intraneus* e do *extraneus*.⁷³

E é assim por uma questão bastante simples. Como visto, o conceito unitário de autor não admite a participação como modalidade diversa de intervenção no delito. Todo aquele que concorre para o crime é necessariamente autor.

Por ser esse o núcleo do conceito unitário, aplicado aos delitos especiais apenas poderia conduzir a dois resultados possíveis, a depender exclusivamente da importância dada ao aspecto causal como determinante à imputação da autoria.

Na primeira das hipóteses, a causalidade imperaria para afirmar que qualquer indivíduo que interpusesse uma causa para o sucesso

⁷¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 43. Para Víctor Gómez Martín, a adoção da concepção unitária “obligaría a pagar, en todo caso, el siempre insatisfactorio precio consistente en renunciar a la distinción entre autoría y participación” (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 277).

⁷² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 609.

⁷³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 259.

final, *intraneus* ou *extraneus*, responderia a título de autor. Ignorar-se-ia, portanto, o sentido da restrição típica dos delitos especiais o que, entende-se, conduziria a soluções contrárias ao espírito da lei - que previu a limitação do círculo de autores possíveis - e, portanto, insatisfatórias.

Na segunda e derradeira hipótese, a causalidade cederia espaço à tipicidade do delito especial e a aplicabilidade do conceito unitário restringir-se-ia ao núcleo dos sujeitos qualificados. Os resultados concretos a que levaria a adoção desta solução não seriam menos indesejáveis, na medida em que enquanto todo *intranei* necessariamente responderia como autor do delito especial, nenhum *extranei* incidiria em suas penas, restando fatalmente impunes, independentemente do efetivo grau de contribuição.⁷⁴

Note-se a importância de tais considerações, principalmente em uma circunstância em que se multiplica a incidência de delitos especiais, notadamente em sede de crimes econômicos ou ambientais. Mais do que nunca, torna-se imperiosa a questão da autoria em tais delitos.

2.2.1.2. Teorias negativas da participação em sentido estrito

As teorias negativas da participação em sentido estrito são nada mais que o correspondente teórico do sistema e conceito unitários de autor. Opõem-se a todas as chamadas “teorias positivas da participação”, que, para conceituar o autor, admitem sua distinção com relação ao partícipe. As teorias negativas são, pois, aquelas que não reconhecem uma delimitação da autoria frente à participação, negando a própria existência dessa classe de intervenção e responsabilidade delitiva.

Ante a pouca transcendência dogmática dessas teorias, que se

⁷⁴ Solução que, segundo o próprio Víctor Gómez Martín, chegou a ser sustentada por parcela da doutrina, referindo-se especialmente a Hermann Roeder (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 280). Também a defende, na Espanha, Ricardo Robles Planas, para o que classifica como “delitos especiais de dever” (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 133 e ss.).

confundem com o próprio conceito unitário de autor, parece não haver necessidade de maior aprofundamento em seu estudo, bastando mencionar a existência de pontos de vista minoritários na doutrina que situam, no âmbito do sistema unitário e das próprias teorias negativas, além do conceito unitário, também, a chamada concepção extensiva da autoria, o que se justifica pelo reconhecimento de pontos estruturais comuns entre ambos os conceitos.⁷⁵

Nesta análise, opta-se por trabalhar o conceito extensivo dentro de um modelo diferenciador das figuras da autoria e da participação delitivas, acompanhando o ponto de vista tradicional expresso nos mais destacados estudos desenvolvidos sobre o tema.⁷⁶

2.2.2. O sistema diferenciador

Integram este sistema todas as teorias – diferenciadoras ou positivas – que operam com duas modalidades diversas de intervenção delitiva: a autoria e a participação em sentido estrito, quebrando o automatismo do sistema unitário que reconduzia à categoria da autoria toda e qualquer forma de contribuição para o crime.

Sob o sistema diferenciador costumam, ser tratados os conceitos extensivo e restritivo de autor e as teorias da participação a eles vinculadas, com destaque para as teorias subjetivas, objetivas e para aquelas relacionadas ao critério do domínio. Todas serão sumariamente analisadas em suas mais conhecidas formulações nas linhas que se seguem.

O ponto comum entre todas essas teorias que se ocuparam – e se ocupam – em fornecer um critério pelo qual seja admitida ou conferida a alguém a condição quer de autor, quer de partícipe, reside precisamente no reconhecimento da necessidade de se perquirir um método de diferenciação entre ambas as modalidades de contribuição ao delito.

⁷⁵ Elena Maria Górriz Royo destaca a dificuldade que é situar doutrinariamente o conceito extensivo de autor, adiante tratado sob a rubrica do sistema diferenciador. Para a autoria, a existência de traços comuns entre tal conceito e aquele unitário justificaria certa tendência doutrinária de equiparação entre ambos (op. cit., p. 230-231). Embora se reconheça a existência dessas similitudes, o acolhimento, pelo conceito extensivo, de uma distinção típica entre autoria e participação delitivas parece justificar suficientemente sua classificação sob a rubrica do sistema diferenciador.

⁷⁶ Por todos: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 255.

A despeito da classificação do conceito extensivo de autor como integrante do sistema diferenciador, não há como negar seja o conceito restritivo o modelo diferenciador por excelência, por ser aquele que melhor apreende a essência das teorias positivas, situando, conforme será visto, a distinção entre autoria e participação no âmbito do próprio injusto, e não no da mera culpabilidade.

2.2.2.1. Conceito extensivo de autor

O conceito extensivo de autor, embora conduza a soluções concretas que se distanciam daquelas decorrentes da adoção do conceito unitário, partilha dos mesmos fundamentos teóricos. Daí porque, como já assinalado, há autores que incluem os dois modelos sob a mesma rubrica, conferindo maior destaque às suas similaridades que aos pontos de divergência.⁷⁷

O fundamento comum a ambas as concepções de autoria está na exposta teoria da equivalência das condições e, portanto, na própria concepção causalista do injusto.⁷⁸

As consequências da adoção de tal ponto de partida no campo da responsabilidade delitiva já são conhecidas: para os adeptos do conceito extensivo de autor, assim como para os defensores da concepção unitária, inexistente diferença substancial entre as distintas formas de contribuição para o delito, sendo todas valorativamente equivalentes, a merecerem a conceituação de autoria.

Inobstante seja a teoria da equivalência a orientação teórica que embasa o conceito extensivo de autor, empecilhos concretos a im-

⁷⁷ Nesse sentido, as considerações de Elena Górriz Royo, segundo quem *“la ubicación del concepto extensivo de autor suele ser más problemática pues si bien, en principio, puede parecer vinculada al sistema diferenciador, de un análisis más detenido se desprende que, en realidad, se asemeja, en mayor medida, al sistema o concepto unitario, hasta el punto en que, para algunos autores, cabe emplear en sentido equivalente los términos ‘extensivo’ y ‘unitario’”* (op. cit., p. 103). A autora, posteriormente, alude à opinião de Enrique Peñaranda Ramos, para quem o conceito unitário seria uma variedade do conceito extensivo de autor (idem, p. 241).

⁷⁸ *“El fundamento dogmático de esta teoría – coincidiendo hasta aquí con el concepto unitario de autor – es la idea de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, que sirve de base a la teoría de la condición. A su tenor, es autor todo aquel que ha contribuido a causal el resultado típico, sin que su aportación al hecho tenga que consistir en una acción típica”* (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 591).

pedem de repercutir na prática – à diferença do que sucede com o conceito unitário - pois a concepção extensiva tem por fundamento legal sistemas jurídicos que distinguem condutas de autor e de partícipe, havendo obstáculo normativo à extensão do caráter de autoria a toda forma de causação do resultado delitivo.⁷⁹

Para Víctor Gómez Martín, a diferença fundamental entre o conceito unitário e o conceito extensivo de autor, a merecerem, no seu entender, a manutenção de cada qual sob sistemas distintos, reside no fato de que a defesa do modelo unitário se dá primordialmente de *lege ferenda*,⁸⁰ enquanto que o modelo extensivo se sustenta exclusivamente desde a perspectiva de *lege lata*, tendo por pano de fundo uma legislação que diferencia autoria e participação delitivas.⁸¹

A combinação da concepção unitária da colaboração ao delito com uma legislação penal disciplinadora da participação conduziu à formulação do conceito extensivo de autor, segundo o qual o partícipe é partícipe não porque sua contribuição ao crime possuía, em si, menor relevância, mas porque a lei previu expressamente uma hipótese que lhe limita a punibilidade.

Assim, a participação em sentido estrito é modalidade de intervenção no delito reconhecida pelo conceito extensivo de autor e tida por ele como *causa de restrição da pena*, uma vez que não fosse pela manifesta opção do legislador, deveria ser compreendida e sancionada como autoria.⁸² É, portanto, concebida como exceção à regra geral segundo a qual a causação equivale à autoria.⁸³

Dentre os principais partidários do conceito extensivo de autor, apontam-se, no cenário internacional, os alemães Eberhard Schmidt⁸⁴ e Edmund Mezger.⁸⁵ No Brasil, seu mais fervoroso defensor foi Néelson

⁷⁹ Daí porque, conforme Silvina Bacigalupo, “*el concepto extensivo de autor fue el producto de la normativización de la distinción entre autor y partícipe*”, a denotar claramente que a concepção extensiva da autoria, no plano dogmático, foi consequência do enfrentamento de uma opção legislativa (BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 18).

⁸⁰ Podendo sê-lo também de *lege lata*, desde que com base em um sistema legal que efetivamente não distinga entre formas de intervenção no delito.

⁸¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 293.

⁸² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 368.

⁸³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 57.

⁸⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 32, *apud* SCHMIDT, Eberhard. *Die mittelbare Täterschaft*. Festgabe für Reinhard Frank, 1930. t. II, p. 106 e ss.

⁸⁵ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz.

Hungria, para quem a equiparação de todas as contribuições ao delito sob a rubrica da autoria era tendência do então Direito Penal moderno.⁸⁶

As críticas já esboçadas quando da análise da concepção unitária estendem-se ao fundamento material do conceito extensivo de autor, a saber, a teoria da equivalência das condições e a consequente apreensão do delito como fenômeno causal, sendo despidendo aludir novamente à ampliação dos contornos típicos e à desfiguração do injusto a que conduz a admissão de tais pontos de partida.

Interessa destacar aqui, especialmente, a inaptidão do modelo extensivo para compreender e solucionar satisfatoriamente as hipóteses sobre a codelinquência em delitos especiais, que constituem o objeto deste trabalho.

Ainda que se volte ao tema mais adiante, de antemão se verifica que a própria construção do conceito extensivo de autor, segundo a qual a participação consiste em causa de restrição da punibilidade, não explica o sentido da eventual responsabilização do *extraneus* que intervém no delito especial.

Afinal, se o delito especial consiste precisamente numa categoria típica restritiva do círculo de autores possíveis - que apenas podem ser *intraneus* - a hipotética punibilidade do *extraneus* há de ser entendida como causa extensiva da pena, e não o contrário.⁸⁷ O mesmo raciocínio vale para outras categorias limitadoras da autoria, como os delitos de mão própria e os omissivos impróprios, que serão analisados no capítulo seguinte.

Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. v. 2, p. 272 e ss.

⁸⁶ Contra a ideia de um conceito restritivo de autor, adiante analisado, defendeu: “A solução que se impõe, remetendo-se para o museu do direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre os partícipes, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico, não havendo distinguir entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados ‘in concreto’, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção” (HUNGRIA, Nélsón. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II, p. 405).

⁸⁷ Em igual sentido, WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Trad. esp. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 144; e MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Trad. esp. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. v. 2, p. 300.

2.2.2.1.1. Teorias subjetivas da intervenção delitiva

As chamadas teorias subjetivas da participação⁸⁸ constituem geralmente o correspondente teórico do conceito extensivo de autor.⁸⁹ Visam tais teorias a explicitar os critérios pelos quais se distinguem as responsabilidades de autor e de partícipe em um contexto no qual, de um lado, não se reconhece qualquer diferença objetiva entre as diversas contribuições causais ao delito e, de outro, a existência de alguma diferenciação consubstancia imperativo legal.

As teorias subjetivas cuidaram, precisamente, de buscar esse critério diferenciador no único âmbito do qual poderia ser extraído: o ânimo dos intervenientes.

Afinal, dada a equivalência das contribuições sob o prisma objetivo-causal, outra alternativa não restara a não ser o recurso a um critério subjetivo que dissesse em quais hipóteses um sujeito seria autor e em quais outras seria partícipe. Tal o contexto de florescência das teorias subjetivas da intervenção delitiva.⁹⁰

Para os defensores das teorias subjetivas, a distinção essencial entre autores e partícipes residiria na vontade que guiaria suas ações ou no interesse com relação ao resultado delitivo.⁹¹

Assim, o autor seria aquele que, independentemente de seu efetivo grau de contribuição material para o delito, atuaria com *animus auctoris*, é dizer, desejando o fato criminoso como próprio (teoria

⁸⁸ O termo “participação” é aqui empregado em seu sentido amplo, equivalente à intervenção delitiva, distinguindo-se, portanto, da participação em sentido estrito que, ao lado da autoria, constitui forma de contribuição ao delito.

⁸⁹ Embora sejam as teorias subjetivas o “*complemento usual*” do conceito extensivo de autor (cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 369), é a advertência de Elena Maria Górriz Royo no sentido de que a plena identificação entre ambas as concepções conduziria a um equivocado simplismo, desmerecedor de opiniões doutrinárias que chegaram a sustentar, no âmbito de um conceito extensivo da autoria, teorias da intervenção delitiva lastreadas em elementos objetivos (op. cit., p. 236). A mesma advertência encontramos em Bacigalupo, ao atentar, em especial, para a teoria objetiva proposta por Schmidt (op. cit., p. 58).

⁹⁰ “*Se a autoria e a participação, dada sua equivalência desde uma perspectiva causal, não podem ser diferenciadas objetivamente, apenas resta a possibilidade de buscar tal distinção em um critério subjetivo. Por isso, o conceito extensivo de autor está unido à teoria subjetiva da participação*” (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 591, traduzido livremente para o português).

⁹¹ Conforme as mais difundidas formulações das teorias subjetivas, sob as quais foram propostos outros tantos critérios de distinção entre autores e partícipes.

do dolo) ou possuindo nele interesse pessoal (teoria do interesse), enquanto que o partícipe seria identificado como o sujeito que atuaria com *animus socii*, ou seja, apreendendo o delito como fato alheio ou do interesse de outrem.⁹²

Embora com pouca ressonância no Brasil - a despeito dos aludidos esforços de Néelson Hungria - no curso do século passado, as teorias subjetivas alcançaram considerável destaque na Alemanha, onde foram amplamente recepcionadas pelo Tribunal do Império e pelo Tribunal Supremo, graças também à influência do pensamento de Maximilian Von Buri.⁹³

Tornaram-se célebres, inclusive, casos em que aludido tribunal se valeu das teorias subjetivas da intervenção delitiva para proferir decisões que negavam a responsabilidade a título de autoria daquele que, de forma livre, executava integral e pessoalmente a ação típica.

Ficou conhecida a decisão pela qual foi anulada sentença do Tribunal do Júri que condenara como autora a mulher que, de mão própria, afogara na banheira criança recém-nascida concebida em relacionamento extraconjugal mantido por sua irmã.

Segundo o entendimento da Corte Superior alemã, porquanto não esclarecido se a executora do delito atuara em interesse próprio ou no da mãe do bebê, sua irmã, a conduta da primeira poder-se-ia inserir no contexto de mera participação.⁹⁴

Também famoso o julgamento, pelo Tribunal Supremo Federal, do caso “Staschynskij”, agente russo a quem o serviço secreto soviético encomendara a morte de dois dirigentes políticos exilados, assassinados nas ruas de Munique com tiros de arma de fogo desferidos pelo próprio “Staschynskij”.

⁹² Gonzalo Quintero Olivares destaca que “*lo importante es el sentimiento de ser autor del hecho, de tenerlo como propio y no como colaboración en el hecho de otro*” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*: parte general cit., p. 610).

⁹³ Magistrado do Tribunal do Reich a quem se atribui o desenvolvimento da teoria da equivalência das condições. Vide STRATENWERTH, Günter. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. esp. Gladys Romero. Caracas: Edersa, 1982, p. 229-230. O autor destaca que, embora majoritariamente abandonadas pela doutrina e também pela jurisprudência, neste último âmbito, as teorias subjetivas ainda encontram algum acolhimento, a denotar o forte eco que produziram naquele país.

⁹⁴ Reichsgericht (RGSt) 74, 84. Por todos, vide comentários de MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., v. 2, p. 304-305.

A sentença proferida pelo Tribunal atribuiu ao agente responsabilidade a título de simples cumplicidade, por entender ausentes interesse e vontade própria na morte das vítimas.⁹⁵

Ademais das já expendidas críticas concernentes à indevida ampliação dos limites típicos a que conduz a adoção de teorias lastreadas na equivalência dos antecedentes causais, há, sem dúvida, outros motivos de rechaço, quer do conceito extensivo de autor, quer de seu usual complemento, as teorias subjetivas da participação.

Os citados casos da banheira e do agente “Staschynskij” são exemplos das graves distorções⁹⁶ a que pode conduzir a adoção de um critério de atribuição de responsabilidade pelo delito que menospreza a apreensão material objetiva dos fatos em detrimento da busca pelo *animus* do agente que, ademais de complexa, se afigura incompatível com um Direito Penal do fato e da culpabilidade.

O exacerbado e indesejável subjetivismo⁹⁷ a que conduzem as brevemente analisadas teorias da intervenção delitiva é apontado por Reinhart Maurach e Karl Heinz Gössel como equivocado e tardio instrumento de limitação de um conceito de autor que, por suas premissas, é demasiado amplo.⁹⁸

E, mais que amplo, o já visto conceito extensivo de autor, à semelhança do que ocorre com o conceito unitário, parte da equivocada ideia segundo a qual, no plano objetivo, as condutas de contribuição ao delito não diferem entre si nem possuem distintos graus de reprovabilidade.⁹⁹

Com isso, não se está a negar a importância nem mesmo a necessidade de se apreender a vontade que orienta o sujeito ativo. No entanto, essa mesma vontade só pode ser auferida quando manifestada

⁹⁵ Bundesgerichtshof (BGH) 18, 87. Idem, p. 305.

⁹⁶ Admitindo tais distorções, o próprio Tribunal Supremo Alemão passou a aplicar as teorias subjetivas de forma mitigada, buscando apreender a vontade ou o interesse de autor não no inalcançável íntimo do agente, mas sim por meio da externalização desses elementos subjetivos em condutas como o planejamento do crime, o domínio sobre o curso dos acontecimentos e até mesmo a execução pessoal da conduta típica (idem, p. 209).

⁹⁷ Por todos, a crítica de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 611.

⁹⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., v. 2, p. 299. Também o sustentou WELZEL, Hans. Op. cit., p. 144.

⁹⁹ De novo, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 611.

por meio da conduta (ativa ou omissiva). Daí porque o recurso aos aspectos objetivos do comportamento humano é incontornável.¹⁰⁰

Nessa linha, ainda, tampouco as teorias subjetivas são aptas a bem resolver o tema do concurso de pessoas nos delitos especiais, conforme se verificará, porquanto nesta classe delitiva de nada servem as fórmulas do “querer o fato como próprio” (teoria do dolo) ou do interesse pessoal no delito (teoria do interesse), uma vez que o vínculo do sujeito qualificado com o fato típico é, antes de tudo, normativo, e a restrição legal à autoria encontra explicação em considerações de ordem objetiva.¹⁰¹

Embora majoritariamente descartadas, ainda são verificáveis alguns resquícios de aplicabilidade das teorias subjetivas. A maior prova de sua eficácia presente encontra-se na chamada “teoria do acordo prévio”, orientação predominante do Tribunal Supremo Espanhol até finais da década de 1960, mas ainda ressonante na jurisprudência daquele país, inobstante a censura dos doutrinadores.

Segundo a “teoria do acordo prévio”, nas hipóteses de concurso de agentes, a atribuição de responsabilidade a título de autoria dependeria unicamente do elemento subjetivo consistente na prévia resolução conjunta de praticar o fato entre várias pessoas.¹⁰² A principal consequência dessa orientação jurisprudencial é a consideração como autores de todos os indivíduos que, previamente acertados, integrem uma empreitada criminosa, independentemente da efetiva contribuição material de cada um. Daí porque, por todos os motivos já expostos, mereça tal orientação da jurisprudência hispânica as mesmas ressalvas das teorias subjetivas.

Mas, ainda que sejam fartas e contundentes as críticas às teorias subjetivas, há que se reconhecer terem sido elas responsáveis por alguns relevantes avanços no campo da dogmática da responsabilidade jurídico-penal, avanços esses precisamente relacionados com o destaque aos aspectos subjetivos da conduta que, embora se sustentem, não devem, em termos gerais, suplantarem os elementos objetivos.

¹⁰⁰ Conforme Hans-Heinrich Jescheck, segundo quem “o ‘querido’ decide mas, naturalmente, o querido ‘em sua realização objetiva’” (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 592, traduzido livremente para o português).

¹⁰¹ Ao tema, voltar-se-á no capítulo quarto, destinado ao estudo do fundamento material dos delitos especiais.

¹⁰² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 369.

Inobstante, ao menos em uma situação em particular, a regra geral merece ser quebrada. Trata-se da hipótese da autoria mediata.

O autor mediato é aquele que realiza o tipo de delito sem executar materialmente a conduta normada, que é levada a cabo por um segundo indivíduo.¹⁰³ É a chamada “autoria de mão alheia”, em oposição à “autoria de mão própria”, esta última entendida como realização direta e pessoal do injusto típico.

Nas hipóteses de autoria mediata, a atribuição ou o reconhecimento da autoria ao sujeito de trás (o autor mediato) deve-se a que o executor (o “autor”¹⁰⁴ imediato ou material), embora pratique pessoalmente a ação típica, atua desprovido de vontade ou liberdade de agir,¹⁰⁵ ambas presentes na conduta do autor mediato. O “autor” material converte-se, assim, em mero instrumento do homem de trás.

É forçoso reconhecer que, dentre o que se poderia chamar “teorias puras” da intervenção delitiva (teorias negativas, teorias subjetivas e teorias objetivas, estas últimas adiante analisadas), apenas as teorias subjetivas foram capazes de bem apreender e solucionar a problemática da autoria mediata, em que se verifica patente ruptura entre a execução do delito e a vontade que orienta sua comissão.

Nestas hipóteses, em que a vontade se dissocia completamente dos atos executivos, porquanto estes últimos são praticados por indivíduo desprovido de vontade livre (instrumento), as responsabilidades dos intervenientes apenas podem ser satisfatoriamente definidas conferindo-se primazia à atitude mental do sujeito de trás

¹⁰³ BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 146.

¹⁰⁴ Por isso o emprego da palavra “autor” entre aspas ao referir ao executor material, a quem não se pode atribuir responsabilidade a título de autoria, seja porque não se conduz finalisticamente, seja porque a ele não se lhe pode imputar a geração do risco tipicamente reprovável.

¹⁰⁵ Essas, as clássicas hipóteses de autoria mediata, a merecerem, nas palavras de Carolina Bolea Bardon, estar sob o rótulo da “autoria mediata em sentido estrito” (op. cit., p. 159). Como exemplo tradicional da figura da autoria mediata, pode-se citar o caso constantemente mencionado nos manuais de Direito Penal, do médico que, objetivando produzir a morte de seu paciente, fornece à enfermeira, sem que esta tenha conhecimento, seringa contendo dose mortal de medicação. A enfermeira segue a orientação do médico e, aplicando a injeção ao paciente, ocasiona-lhe o óbito. A doutrina, mais adiante, passou a reconhecer outras hipóteses de autoria mediata, como aquelas envolvendo instrumento não qualificado, instrumento não culpável e aparatos de poder organizados. A elas, voltar-se-á brevemente no item 2.2.2.2.3.

(o autor mediato). Este é o grande mérito das teorias subjetivas, embora, conforme será analisado mais à frente, a evolução dogmática do próprio conceito de autoria mediata tenha passado a exigir mais que a simples valorização do *animus* para a satisfatória solução dos casos concretos.

2.2.2.2. Conceito restritivo de autor

Quando da exposição das diversas concepções e teorias da intervenção delitiva, é comum abordar o conceito restritivo de autor posteriormente à análise do conceito extensivo. Todavia, é preciso ter presente que, desde um ponto de vista cronológico-evolutivo, a concepção restritiva e as teorias objetivas que a acompanham são anteriores à proposta subjetivista que sói acompanhar o conceito extensivo de autor.

E tem razão de ser a posterioridade temporal das teorias subjetivas sobre as objetivas, desenvolvidas a partir do conceito restritivo: é que, em certa medida, as teorias subjetivas se predispunham a solucionar algumas das falhas a que conduziam as primeiras formulações das teorias objetivas, dentre as quais a já antecipada dificuldade de lidar com a problemática da autoria mediata.

Sob um ponto de vista didático, no entanto, a manutenção da inversão é justificável e até mesmo preferível, pois enquanto se pode afirmar, em linhas gerais, dogmaticamente superado o conceito extensivo de autor, a concepção restritiva segue em plena vigência, seja em razão do amplo acolhimento pelas legislações ocidentais, seja pela clara preferência por ela demonstrada pela doutrina mais especializada.¹⁰⁶

Conforme já dito, o conceito restritivo de autor conforma-se com o sistema diferenciador. Mais do que isso. O conceito restritivo é aquele que melhor se coaduna com a perspectiva das teorias positivas, uma vez que não apenas admite a existência de duas classes distintas

¹⁰⁶ Sobre a anterioridade cronológica do conceito restritivo de autor e, inobstante, sua atualidade, são as palavras de Santiago Mir Puig: “*Esta otra teoría no es nueva, sino anterior, pero en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han obviado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría. En España ha sido el punto de vista tradicional*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 370).

de intervenção delitiva,¹⁰⁷ mas também pressupõe a existência de diferenças intrínsecas entre ambas, que não se situariam apenas no âmbito da culpabilidade, mas conformariam o próprio injusto.

A admissão de diferenças objetivas entre as condutas de autoria e as de participação em sentido estrito, pelo conceito restritivo de autor, conduz à ruptura com o dogma causal, que tão fortemente embasou as concepções unitária e extensiva. Para a concepção restritiva, a realização do tipo delitivo não equivale à interposição de uma condição causal ao resultado (naturalístico ou normativo).¹⁰⁸

Opera-se, portanto, uma cisão entre causação e realização do delito, antes equiparados pela assunção da teoria da equivalência das condições como único critério de atribuição de responsabilidade pelo crime, o que conduzia, no sistema unitário, à identificação de toda causação como autoria.

Esta cisão é o marco inicial da concepção restritiva. Sua nota característica consiste em conceber a autoria como um conceito primário, definido a partir de critérios positivos. A participação, em contrapartida, passa a ser conceito secundário - delimitado negativamente - sendo o partícipe aquele que não é autor. Assim, nem todo interveniente poderá ser considerado autor da conduta típica, mas apenas aqueles que reúnam as condições necessárias (os tais critérios positivos) para tanto.

Defende-se, nesse passo, que o tipo de delito é apenas realizado pelo autor, enquanto que a conduta do partícipe se insere no contexto da colaboração para o crime perpetrado por outrem.¹⁰⁹ Desta postura,

¹⁰⁷ Assim, segundo Silvia Fernández Bautista, a característica de distinguir entre diferentes graus de responsabilidade pela intervenção no delito é o que situa o conceito restritivo de autor no interior do sistema diferenciador (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 69).

¹⁰⁸ “*En definitiva, el concepto restrictivo de autor abandona la causalidad como criterio que fundamenta la autoría y niega la equiparación entre causación y realización del delito*” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit.) Para Mir Puig, o ponto de partida do conceito restritivo de autor é, assim, diametralmente oposto ao das concepções unitária e extensiva (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 370).

¹⁰⁹ Amplamente discutido na doutrina é o fundamento da punibilidade do partícipe. As duas principais teorias que se ocuparam da temática foram a teoria da corrupção ou culpabilidade e a teoria da causação ou favorecimento. De acordo com a primeira, a punição do partícipe encontraria explicação na influência exercida sobre o autor, convertendo-o em delinquente ou colaborando para tanto. Conforme a segunda, majoritariamente acolhida pela doutrina, o desvalor próprio da participação no delito residiria na causação ou

decorre a concepção das formas de participação como causas de extensão da punibilidade, ao contrário do que ocorre sob a perspectiva do conceito extensivo de autor.

A razão de ser dessa diferença estrutural é simples: na medida em que, para o conceito extensivo, todos aqueles que interpõem uma causa para o delito devem ser considerados autores, a previsão normativa das formas de participação apenas pode ser explicada sob a ideia de que constituem causas de restrição da punibilidade. Já no que diz respeito à postura restritiva, segundo a qual a conduta típica é perpetrada pelo autor, apenas se admitindo a participação como uma hipótese de ampliação do âmbito do punível é que se torna justificável a repressão da conduta do partícipe.

Voltando ao nexo causal, o conceito restritivo de autor não lhe nega importância. Antes, o contrário. A causalidade ganha relevância na medida em que passa a ser tida como limite mínimo da responsabilização jurídico-penal. É dizer: não se reconhece qualquer espécie de responsabilidade por um delito para o qual não se tenha contribuído mediante a interposição de uma causa. Autor e partícipe, portanto, hão de ser causadores do fato típico. Trata-se de condição necessária. Mas, ao menos para a imputação da autoria, a afirmação do nexo causal deixa de ser condição suficiente.¹¹⁰

A identificação da autoria como prática do delito faz com que ao

favorecimento da lesão injustificada do bem jurídico pelo autor. O mais correto parece entender, na linha da teoria do favorecimento e conforme a opinião de Mario Maraver Gómez, que o injusto do partícipe guarda certa (mas não total) independência do injusto do autor, pois, se por um lado consiste ele mesmo em ataque ao bem jurídico, esse ataque se dá a partir da conduta principal do autor (Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad. MARAVER GÓMEZ, Mario. *Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 651). Segundo Nilo Batista, a punibilidade da participação “está baseada no desvalor imanente à promoção de um fato social intolerável (criminoso)” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 161). Conforme a orientação que aqui se adota, a participação deve ser compreendida como injusto próprio, diverso daquele perpetrado pelo autor, mas dele dependente.

¹¹⁰ A insuficiência da causalidade como critério de responsabilização também tem sido proclamada pela doutrina no que diz respeito à participação, demandando a identificação, na conduta do partícipe, dos critérios pelos quais a contribuição ao delito lhe possa ser imputada objetiva e subjetivamente. Sobre o tema, merecem consulta os trabalhos de ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito*: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003; e, no Brasil, a contribuição de GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

autor seja atribuível a realização da conduta prevista na norma penal. O partícipe, por sua vez, define-se como aquele que, embora sem realizar os elementos que definem a conduta típica, contribui – no mínimo causalmente – para sua realização.¹¹¹

A punibilidade do partícipe, portanto, decorre de uma extensão da responsabilidade do autor e encontra fundamento na expressa previsão legal da participação como modalidade de intervenção delitiva.¹¹²

Para a maior parte dos defensores da concepção restritiva, o autor é aquele que realiza o delito, na medida em que a figura típica descreveria, precisamente, sua conduta. As normas da parte especial conteriam a previsão de um comportamento de autor singular, sendo que as regras da parte geral permitiriam a atribuição das consequências daquele comportamento a outras pessoas que, embora não fossem autoras do crime, tivessem contribuído para ele de forma relevante.¹¹³

Múltiplas são as formulações que tomaram por base o conceito restritivo de autor para, a partir dele, delimitar os critérios (objetivos) por meio dos quais seria possível afirmar a prática do delito e,

¹¹¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 71. Partindo da teoria da imputação objetiva, Mario Maraver Gómez defende que, enquanto o delito é atribuído diretamente ao autor, ao partícipe só o é de forma indireta. Equivale a dizer que não decorre diretamente do tipo penal a responsabilidade a título de participação, mas de uma ampliação da responsabilidade inserta no tipo, por meio de normas extensivas previstas na Parte Geral dos Códigos Penais (MARAVÉR GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 663).

¹¹² Do contrário, punir o partícipe seria ampliar o sentido do tipo sem amparo legal (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 370).

¹¹³ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 11. Opondo-se a essa perspectiva sem dúvida majoritária, Ricardo Robles Planas defende que o modelo do autor singular (ou individual) previsto nos tipos da Parte Especial dos Códigos Penais não passa de simples técnica legislativa. Para o autor, os tipos penais descreveriam apenas a colocação em risco do bem jurídico protegido, não importa se mediante conduta de autor ou de partícipe, que para ele seriam distintas apenas em níveis quantitativos e não qualitativos. Daí porque foi acusado, dentre outros autores, por Gómez Martín (op. cit., p. 413), de afastar-se da perspectiva restritiva, aproximando-se de um sistema unitário de intervenção delitiva, precisamente porque a nota característica do conceito restritivo é a admissão de diferenças essenciais e objetivas (qualitativas, portanto) entre as duas modalidades de intervenção no delito. Ciente da crítica, Robles Planas a combate defendendo um conceito restritivo cujo objeto é outro: “*Lo que es restrictivo es la imputación, no el concepto de autor*”, pelo qual sustenta que a atribuição de responsabilidade pelo crime se divide em dois momentos: no primeiro, procede-se à imputação objetiva do risco, delimitando quais os sujeitos ativos (indiscriminadamente, autores e partícipes) aos quais é atribuível o delito. Apenas em um segundo momento, é que se passaria a perquirir os distintos graus de responsabilidade, todos típicos (autoria e participação), diversos apenas em termos de intensidade (ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites* cit., p. 267).

assim, identificar a figura do autor, subsidiariamente indicando as condutas de participação. Dessa enorme variedade de formulações, este trabalho cingir-se-á a analisar aquelas mais conhecidas e as que mais fortemente influenciaram a doutrina e a jurisprudência.

O que todas elas têm em comum, além de se situarem no contexto de um sistema diferenciador que admite a existência de diferenças objetivas entre as condutas de autoria e de participação, é que identificam o delito como obra do autor, sendo o partícipe um colaborador que intervém no sentido de favorecer a atividade alheia.

Evoluindo no raciocínio, tem-se que o autor pode prescindir da conduta do partícipe, porquanto a perpetração do delito pode se dar sem a colaboração de terceiros. Em contrapartida, o partícipe depende de um comportamento de autor, sem o qual desaparece o objeto para o qual oferece sua contribuição.

É assim que o conceito restritivo de autor se caracteriza, também, por conceber a autoria como um conceito principal e independente, enquanto que a participação assume um papel subsidiário. A firma-se, pois, o caráter acessório da conduta do partícipe, sempre dependente da existência de um comportamento principal de autor.

A acessoriedade da participação revela-se outra importante nota característica do conceito restritivo de autor, havendo quem nela identifique a verdadeira essência do modelo diferenciador.¹¹⁴

A ideia que subjaz à noção da acessoriedade é a de que a participação configura um conceito de referência que pressupõe a existência de uma conduta principal, à qual se presta contribuição material ou psíquica. O conceito de partícipe é, portanto, dependente do conceito de autor,¹¹⁵ e a correta medida dessa dependência costuma ser reconhecida na chamada teoria da acessoriedade limitada.

Segundo dita teoria, a punibilidade da conduta de participação depende da existência de uma conduta principal que se revele necessariamente típica e antijurídica, dispensando-se apenas que seja

¹¹⁴ Assim, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 450.

¹¹⁵ Conforme Gonzalo Quintero Olivares, "(...) el autor realiza un tipo de delito descrito en la ley expresamente, y el partícipe no; podrá haber autor sin partícipe, pero no partícipe sin autor. (...) sólo la presencia de reglas específicas posibilita el castigo del partícipe" (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 610).

culpável, porquanto a categoria da culpabilidade diria respeito a cada sujeito individualmente considerado.¹¹⁶

O grande mérito do conceito restritivo reside na valorização do tipo de delito, em especial de sua proclamada função garantística. Afinal, ao menos para a responsabilidade a título de autoria, passa a ser exigível a identificação da conduta do sujeito ativo com aquela tipificada na norma penal, proclamando-se o fim da ampliação das fronteiras típicas com apego à mera relação causal.¹¹⁷

O conceito restritivo é também reconhecido como o mais respeitoso ao princípio da responsabilidade individual, na medida em que tende a assegurar que cada pessoa responda por sua própria contribuição ao delito e na medida dessa mesma contribuição.¹¹⁸ Também deve ser enaltecido o fato de que a concepção restritiva traga para o âmbito do próprio injusto a questão da delimitação das responsabilidades individuais, antecipando aquilo que, conforme os modelos vistos até então, era relegado apenas para o momento da fixação da pena.

Afora tudo isso, parece que, de fato, o conceito restritivo é aquele que oferece a melhor interpretação ao fenômeno da prática delitiva. Embora, sob alguma perspectiva, possa ser sustentado que a adoção de um sistema unitário, por exemplo, simplifica o trabalho do aplicador do direito e preenche lacunas de punibilidade, não se pode deixar de reconhecer que existem diferenças qualitativas entre as distintas formas de contribuir para uma atividade criminosa e que o pragmatismo da equiparação causal conduz a injustiças, algumas das quais desafiam não apenas o olhar atento do especialista, mas

¹¹⁶ De forma majoritária, a doutrina afasta as teorias da acessoriedade mínima, que exigiria apenas a existência de um comportamento típico de autor para a punibilidade do partícipe, e a da acessoriedade máxima, que demandaria uma conduta principal típica, antijurídica e culpável. Acolhida a teoria da acessoriedade limitada, admite-se a indução ou o auxílio ao injusto praticado por um inimputável, mas não se pune a contribuição a uma conduta que se encontre justificada, conforme causas de exclusão da ilicitude. Por todos, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 398.

¹¹⁷ Segundo Reinhart Maurach e Karl Gössel, a identificação da conduta do autor com o tipo penal, possibilita o cumprimento, por este último, de uma dupla função: de um lado, assegurar que a pena aplicável ao autor não seja estendida a quem não se comporte de forma a se inserir no âmbito da norma penal; de outro, garantir a submissão àquela pena, de quem o faça atuando de forma tipicamente relevante (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., v. 2, p. 306).

¹¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 590.

até mesmo do espectador comum.

No que diz respeito ao preciso objeto deste estudo, há de ser declarada a opção pelo modelo diferenciador, acolhendo-se o conceito restritivo como o único apto a oferecer soluções adequadas à problemática da codelinquência nos delitos especiais, com respeito ao fundamento material dessa classe delitiva. Em especial, o conceito restritivo permite resolver satisfatoriamente os casos-limite que tanto desafiavam a doutrina contemporânea, e serão analisados no capítulo quinto.

2.2.2.2.1. Teorias objetivas da intervenção delitiva

2.2.2.2.1.1. Teoria objetivo-formal

É a teoria que inaugura a distinção entre a autoria e a participação, rompendo com a tradição unitária e postulando, pela primeira vez, um conceito restritivo de autor.¹¹⁹ A teoria teve sua origem na Alemanha do início do século XX, onde foi predominante até a década de 1930, quando então entrou em declínio. Foi suplantada pela teoria do domínio do fato, majoritária até os dias atuais,¹²⁰ sobre a qual se falará mais adiante.

Na Espanha, a teoria objetivo-formal foi o ponto de vista tradicional, influenciando o pensamento doutrinário ao longo de todo o século passado e irradiando essa influência até o presente.¹²¹ No Brasil, foi acolhida por uma renomada classe de penalistas, o que permite a Nilo Batista afirmar haver sido a teoria dominante,¹²² ainda que, aqui, por conta das alterações legislativas verificadas ao longo do século XX, a filiação a uma tal corrente tenha demandado de nossos doutrinadores um exercício retórico considerável.¹²³

A teoria objetivo-formal conceitua a autoria a partir da delimi-

¹¹⁹ Conforme Stratenwerth (op. cit., p. 228), que destaca a anterioridade histórica da teoria objetivo-formal tanto sobre as demais teorias objetivas quanto com relação às expostas teorias subjetivas, que se vinculam ao conceito extensivo de autor.

¹²⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 267.

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 370.

¹²² BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 61-62. O autor destaca a filiação à teoria objetivo-formal por Aníbal Bruno, Frederico Marques, Salgado Martins, Mirabete, Heleno Fragoso e René Dotti.

¹²³ A isso, especificamente, voltar-se-á no item 2.2.2.2.2.

tação típica do delito, vinculando-a à conduta formalmente descrita no tipo penal. Autor passa a ser aquele que realiza ou executa, total ou parcialmente, os atos descritos na norma que tipifica o crime.

Exige-se, do autor, a execução direta ou pessoal dos elementos típicos literalmente previstos no pressuposto fático da norma penal, de modo a verificar-se a subsunção da conduta concreta naquela descrita no tipo.¹²⁴

Em sua formulação original,¹²⁵ portanto, a teoria objetivo-formal apegase ao teor literal dos tipos penais - em especial ao verbo típico nuclear - para declarar a autoria daquele que pratique o(s) ato(s) executivo(s) descrito(s) na norma, relegando à condição de partícipe aquele que, independentemente da concreta importância de sua contribuição para o resultado delitivo, não execute a conduta normada.¹²⁶

Ao falar-se em atos executivos ou em comportamento descrito no tipo penal, não se está a demandar do autor a prática de todos os elementos típicos - daí porque a exigência de execução total ou parcial do delito - mas sim daqueles elementos dominantes ou nucleares. O partícipe pode, assim, eventualmente contribuir com a realização de elementos secundários, como atos preparatórios e condutas de aparente menor importância, conservando-se na posição de mero cúmplice do delito do autor.¹²⁷

A delimitação do autor como figura principal para o sucesso do delito adviria de cada tipo previsto na Parte Especial dos Códigos Penais. Afinal, seria apenas pela análise do verbo típico e dos elementos dominantes de cada figura delitiva que se poderia afirmar, para cada crime individualmente considerado, quem seria autor e quem seria partícipe.

¹²⁴ STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 228.

¹²⁵ Modernamente, a teoria objetivo-formal tem sido objeto de reformulações por uma parte importante, ainda que minoritária, da doutrina espanhola. Seguindo o pensamento de Tomás Salvador Vives Antón, Carlos Martínez-Buján Pérez e Elena Maria Góriz Royo são alguns dos autores que têm proposto o retorno a uma concepção objetivo-formal da atribuição de responsabilidade pelo delito, adotando como pressuposto teórico, a chamada concepção significativa da ação, proposta por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 481-487; e GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 437-448.

¹²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 590.

¹²⁷ Assim, conforme a formulação de Ernst Beling, principal expoente da teoria objetivo-formal. Vide GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 269.

A fórmula geral proposta pela teoria formal-objetiva serviria, assim, de guia ou orientação teórica, a ser concretizada em cada tipo penal, a partir da identificação de seu núcleo duro, cuja realização haveria de ficar a cargo do indivíduo que mereceria o “título” de autor.

Essa constatação é importante para que se note, desde já, que as distintas teorias a respeito da atribuição de responsabilidade pela intervenção no delito propõem – todas elas – não propriamente um conceito de autor, geral a ponto de ser aplicável a todas as espécies delitivas. Em maior ou menor medida, o que se sugere – o que se pode sugerir – é um critério orientador pelo qual o aplicador do direito buscará, em cada caso concreto, identificar ou atribuir os distintos graus de responsabilidade.

Atenta-se para este fato porque a teoria objetivo-formal é, dentre as teorias diferenciadoras ou positivas, aquela que provavelmente oferece o mais preciso critério distintivo entre autoria e participação. O que está menos sujeito a dúvidas ou interpretações, ainda que, ou justamente porque, rigorosamente formal. Ainda assim, por mais delimitada que seja a fórmula geral, não deixa de ser exatamente isso: uma moldura cujo preenchimento só é possível ante a análise de cada tipo penal e, mais especificamente, de cada hipótese concreta de violação à norma.

A teoria objetivo-formal não escapou às críticas, que tampouco foram brandas. Mesmo assim, a própria doutrina que a rechaça lhe reconhece méritos importantes, como o retorno ao tipo de delito como única forma de se assegurar o respeito ao princípio constitucional da legalidade, estrito no âmbito penal.

Diz-se, assim, que a teoria objetivo-formal fornece um ponto de partida indeclinável, qualquer que seja o critério finalmente adotado para a atribuição de responsabilidade pelo delito. Este ponto de partida é precisamente o recurso à descrição típica e ao sentido da linguagem, respeitando-se os limites formais dos tipos penais.¹²⁸

É também pela adoção desse princípio vetor que Jescheck sustenta o respeito ao princípio democrático e à vontade do legislador, que se expressa, sem mais, nas palavras que ditam a norma.¹²⁹

¹²⁸ STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 229.

¹²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 590. O autor destaca que, por meio da descrição

Há de admitir-se, na esteira das mais autorizadas opiniões doutrinárias, que a teoria objetivo-formal de fato contribui com um ponto de partida acertado¹³⁰ para a delimitação da autoria em face da participação, ainda que esse mesmo ponto de partida seja insuficiente.

E, inobstante correto, é insuficiente na medida em que a teoria objetivo-formal, ao menos do modo como inicialmente formulada, mostrou-se incapaz de superar três críticas fundamentais que lhe foram dirigidas: (i) sua dificuldade em romper totalmente com o causalismo nos tipos penais que preveem crimes resultativos de meios indeterminados; (ii) suas limitações para lidar com as hipóteses de coautoria, nas quais os atos executivos são repartidos entre diversos intervenientes; e, por fim, (iii) sua incapacidade de solucionar satisfatoriamente a problemática da autoria mediata.

A primeira dificuldade da teoria objetivo-formal advém da dura conciliação do critério da execução dos elementos típicos com os tipos de resultado sem meios determinados, como é o caso do homicídio e da lesão corporal.

Nesses delitos, como a própria nomenclatura esclarece, não estão previstas as condutas típicas que vulneram ou colocam em risco o objeto jurídico, mas são apenas descritos os resultados que a norma visa a coibir (v.g., a morte ou a ofensa à integridade física de outrem). Fica claro que o critério da execução da conduta nuclear ou dos elementos dominantes do tipo conduz a resultados díspares, se analisados, de um lado, delitos resultativos de meios indeterminados e, de outro, delitos de meios determinados ou delitos de mera conduta.

das condutas que definem os tipos penais, o legislador esclarece aquilo que deseja ser compreendido como autoria. Na mesma linha, as palavras de Sílvia Fernández Bautista, para quem a teoria objetivo-formal “*presenta una gran ventaja (...) cual es, reconducir la autoría a la sede del tipo. Con ello se consigue concebir como autor a aquel sujeto que la ley ha querido que sea entendido como tal*” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Sílvia. Op. cit., p. 86-87). A autora sustenta que as principais críticas dirigidas à teoria objetivo-formal poderiam ser evitadas caso a compreensão do que seja realização do delito não fosse restrita à sua mera execução pessoal e direta. A ponderação tem toda razão de ser, como se verifica pela análise das críticas que impulsionaram a busca por critérios outros de delimitação da autoria e participação delitivas.

¹³⁰ Assim, segundo Carolina Bolea Bardon, as teorias formais-objetivas impuseram um limite formal que deve ser respeitado por qualquer critério material que se possa pleitear para distinguir as diversas contribuições ao delito (BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 89).

Quando o tipo penal define a conduta proibida, ainda que outras possam colocar em risco o objeto de proteção ou o bem jurídico tutelado, a teoria objetivo-formal é restritiva com relação à autoria. Já quando a norma não delimita as condutas típicas, a mesma teoria tende a afrouxar as fronteiras do tipo, para admitir como proibida uma ampla gama de comportamentos, por vezes meramente causais.¹³¹ Nesse sentido, acaba por aproximar-se das teorias que tomam por base a equivalência das condições.¹³²

Outra forte objeção à teoria objetivo-formal está relacionada às hipóteses de coautoria, em que os atos executivos – ponto de apoio da teoria em análise – se repartem entre vários intervenientes, nenhum dos quais realiza, pessoalmente, o núcleo do tipo.

Aqui, também o critério formal da execução ou da realização dos elementos dominantes se mostra ineficiente, mormente quando se está diante de criminalidade organizada e o superior hierárquico (o chamado chefe da quadrilha ou da organização criminosa) não executa, ele mesmo, nenhum dos atos essenciais, mas apenas aqueles que a teoria objetivo-formal considera secundários, como seriam os atos preparatórios.¹³³

Aplicando-se a teoria objetivo-formal a essas hipóteses, não

¹³¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 371. O autor resume bem a questão da contraditoriedade dos resultados a que conduz a teoria objetivo-formal, a depender da técnica de redação empregada pelo legislador na previsão dos tipos penais. Diz Mir Puig: “*La teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados*”.

¹³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 612, que critica as bases da teoria objetivo-formal, que assumem, como se possível fosse, estabelecer, em todos os tipos penais, quais os atos executivos. A crítica à ampliação da causalidade também se encontra bem fundamentada em GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 295.

¹³³ Günther Jakobs adverte para como, nesses casos, o critério de relevância de cada ato pode mudar, inclusive invertendo-se a condição de principais ou secundários entre atos executivos e preparatórios. Com base nesse argumento, sustenta que o conceito de “execução” deve ser formulado em termos normativos e não sob uma perspectiva pretensamente ontológica. Para o autor, a execução do delito só pode se dar sob o domínio daquele indivíduo a quem se lhe possam imputar suas consequências (conforme a tese jakobsiana da competência, adiante analisada). Como exemplo, Jakobs propõe a seguinte indagação: quem faria o entregador de jornal responder penalmente por um artigo que revele segredos de Estado? (JAKOBS, Günther. *La intervención delictiva*. Trad. esp. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Cuadernos de política criminal*, n. 85, p. 82, 2005.)

haveria solução possível a não ser considerar o líder do bando como mero partícipe, ainda que fosse ele a ordenar e coordenar todos os atos executivos dos demais integrantes do grupo criminoso.

Por fim, contesta-se o critério objetivo-formal por sua inaptidão para recepcionar a figura do autor mediato,¹³⁴ pela qual um sujeito plenamente responsável se vale de um terceiro (o instrumento) que realiza pessoalmente os atos executivos, mas não pode responder pelo delito, seja porque não age de forma antijurídica, seja porque o crime não lhe pode ser pessoalmente imputado.¹³⁵

Tendo em vista que a autoria mediata se define precisamente pela ausência de execução direta e pessoal da conduta típica, sendo este o critério pelo qual alguém é reconhecido como autor, fica clara a impossibilidade de admissão da figura pela teoria objetivo-formal, ao menos nos termos de sua clássica formulação.

Em face das críticas desferidas à teoria objetivo-formal, parcela considerável da doutrina houve por bem abandoná-la e buscar, na esteira de um conceito restritivo de autor, outros critérios pelos quais distinguir autor e partícipe nas hipóteses de concurso de pessoas. Assim, desenvolveram-se, entre outras, a teoria objetivo-material e as propostas relacionadas à noção de domínio, tais como a teoria do domínio do fato, de Claus Roxin,¹³⁶ e a teoria da pertinência do delito, de Santiago Mir Puig.

Alguns doutrinadores, no entanto, opuseram-se às propostas posteriores à teoria objetivo-formal, optando por avançar nesta mesma teoria, reformulando-a no intuito de superar as já conhecidas objeções.

Como atuais defensores de um retorno à concepção objetivo-

¹³⁴ A principal dentre as críticas aludidas (GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 271).

¹³⁵ Santiago Mir Puig destaca que, na autoria mediata, o sentido tradicionalmente conferido aos papéis de executor material e homem de trás se invertem. O executor, normalmente autor, passa a ser mero instrumento, enquanto o homem de trás, habitualmente indutor, se converte em autor mediato (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general cit.*, p. 379).

¹³⁶ Desenvolvida a partir do pensamento de Hans Welzel, precursor da teoria, que a situava no contexto do pensamento finalista. Posteriormente, quando do lançamento da obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, em 1963, Claus Roxin desenvolveu a teoria, atribuindo-lhe contornos mais normativos (teleológicos, em suas próprias palavras) e tornando-se seu mais conhecido defensor.

-formal da autoria, ainda que com matizes, podem ser citados os partidários da chamada “teoria da subsunção típica”, sustentada por Enrique Gimbernat Ordeig,¹³⁷ os defensores da “teoria da determinação objetiva e positiva do fato”, desenvolvida por Diego Manuel Luzón Peña,¹³⁸ e os adeptos da “concepção significativa da ação”, concebida a partir do pensamento de Tomás Salvador Vives Antón.¹³⁹

O ponto comum entre as distintas propostas está no retorno às bases objetivo-formais, no sentido de conferir primazia aos verbos típicos – e seus possíveis sentidos – como aqueles que fixariam os limites da responsabilidade a título de autor, condenando sua ampliação com base em critérios materiais.

Às chamadas novas teorias objetivo-formais, adere parcela restrita da doutrina, primordialmente sediada na Espanha. A maior parte dos autores optou por buscar um critério restritivo de delimitação da autoria que fosse além dos aspectos puramente formais, mas, ainda

¹³⁷ Gimbernat pouco se afasta da clássica formulação da teoria objetivo-formal, apenas propondo a ampliação do sentido da expressão “realização do delito”, para além da mera prática de atos executivos. O autor seria aquele cuja conduta seria subsumível na figura típica, estando a subsunção não necessariamente vinculada ao anterior critério da execução (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Reimpresión. Montevideu: B de F, 2007).

¹³⁸ A teoria de Luzón Peña foi concebida para, precipuamente, tratar da delimitação de responsabilidades nos delitos culposos, não abrangidos pela tradicional teoria do domínio do fato. Busca o autor, a partir dessa proposta inicial, estabelecer um critério comum para os delitos imprudentes e para os delitos dolosos. Afastando-se das considerações de ordem subjetiva, propõe uma teoria essencialmente objetiva que, embora dialogue com a ideia de domínio, fixa como premissa para seu reconhecimento a realização de ações típicas. Daí porque propõe certo resgate da teoria objetivo-formal (GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 350-353). As principais críticas a esta concepção, sem transcendência fora da Espanha, estão novamente relacionadas aos limites impostos pelas chamadas “ações típicas nucleares”. Segundo esta teoria, não se admite a coautoria em delitos complexos, pois apenas uma das condutas é considerada nuclear. Assim, no estupro, a conjunção carnal (não o emprego da força). No roubo, a subtração do bem (não o uso da violência) (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 109).

¹³⁹ A proposta de Vives Antón é compreender a ação (e assim também as demais categorias dogmáticas) a partir de seu significado e não de sua essência. Compreendê-la, pois, como sentido e não como substrato. Na conceituação da autoria, Vives desvincula-se da ideia de que se trataria de uma categoria atributiva, como sustentam os adeptos das propostas de orientação normativista, defendendo uma compreensão vinculada ao significado dos verbos típicos que, no seu entender, deveria anteceder considerações de imputação (*Prólogo*. GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 13-20). É também desta postura que parte esta última doutrina para propor seu critério de delimitação da autoria, sustentando, por outro lado, a impossibilidade de fixar-se um conceito geral de autor (op. cit., p. 424-425 e 434).

assim, com pretensões de generalidade.

2.2.2.2.1.2. Teoria objetivo-material

A teoria objetivo-material foi idealizada para suplantar as deficiências da clássica teoria objetivo-formal, sem abrir mão da defesa de um conceito restritivo de autor que situasse a distinção entre autoria e participação no plano objetivo da contribuição material de cada interveniente.¹⁴⁰

Se comparada à teoria objetivo-formal, a teoria objetivo-material teve menor transcendência doutrinária e jurisprudencial, embora sua relevância para a evolução da conceituação da autoria e da participação criminais se manifeste, em certa medida, na posterior formulação da teoria do domínio do fato, da qual pode ser considerada uma espécie de prenúncio.

Isso porque a teoria objetivo-material se caracteriza por conceber o autor como figura principal da prática delitiva, a partir de critérios materiais que vão além da remissão à descrição típica.¹⁴¹ A teoria desenvolvida por Claus Roxin tem também essa característica, ainda que formulada sobre outras bases.

O critério material a que recorre a teoria objetivo-material é o do valor objetivo da contribuição de cada qual dos intervenientes, identificando-se o autor como aquele que realiza a contribuição objetivamente mais importante para o sucesso delitivo.¹⁴²

Afasta-se, assim, de qualquer dado anímico ou consideração de ordem subjetiva no momento de discernir entre condutas de autoria e condutas de participação, trazendo a tipificação da intervenção delitiva para um contexto de análise puramente objetiva da contri-

¹⁴⁰ Para Víctor Gómez Martín, o recurso a uma teoria objetiva de bases materiais afigura-se irrenunciável. Segundo o autor, “*la inidoneidad del concepto objetivo-formal para la determinación de la autoría, no sólo en los delitos especiales, sino en toda clase de delitos, que resultaría, entre otros argumentos, de los que contra aquel concepto han sido vertidos ‘supra’, parece conducir, irremisiblemente, a la idea de que el concepto de autor debe ser uno no sólo restrictivo (el objetivo-formal también lo es, o, al menos, eso pretende), sino material*” (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 333).

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 371.

¹⁴² GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 310.

buição individual.

Para distinguir objetivamente entre as condutas causais, a teoria objetivo-material adota como ponto de partida a negação da teoria da equivalência das condições, sobre a qual foram erigidos os conceitos unitário e extensivo de autor. Parte, então, do pressuposto segundo o qual as diversas contribuições não se equivalem umas às outras sob o prisma causal.¹⁴³

É dizer: para a teoria objetivo-material, dentre as diversas forças humanas que contribuem para o resultado delitivo, haveria que distinguir entre aquelas mais importantes (as causas) e aquelas outras menos importantes (as condições), sendo as primeiras denotativas de autoria e as últimas de participação.¹⁴⁴

A relevância da contribuição causal do autor há de ser tal que permita considerar o delito obra sua, ainda que demais sujeitos possam ter realizado outros aportes causais, estes necessariamente reputados menos importantes para o sucesso delitivo.

A mais forte crítica que se teceu à teoria objetivo-material diz respeito à sua notória vagueza e imprecisão. Sem dúvida, acudir a um critério tão amplo e indeterminado como o da “contribuição objetivamente mais importante” ao delito não resolve muito da dificuldade de concretização das responsabilidades individuais nas hipóteses de concurso de pessoas.

A ferramenta que a teoria objetivo-material entrega nas mãos do aplicador do direito para solucionar tão tormentosa questão é, assim, no mínimo insuficiente.¹⁴⁵

Some-se a isso a especial dificuldade – se não a verdadeira impossibilidade – de se estabelecerem gradações no campo da causalidade, considerando determinadas causas como mais relevantes do que outras para o resultado delitivo.¹⁴⁶

¹⁴³ “Segundo um critério material-objetivo, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas”. Adiante: “Seu ponto de partida reside na possibilidade de perceber-se diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 65-66).

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 92-93.

¹⁴⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 333-334.

¹⁴⁶ STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 229.

Assim, embora não se possa concordar com o império da causalidade para a resolução de questões que se colocam no contexto de uma ciência normativa,¹⁴⁷ tampouco parece correto solucionar problemas de imputação tentando fornecer contestáveis interpretações dos fenômenos naturais, como o é a causalidade.

Desse modo, se é possível distinguir objetivamente entre as variadas contribuições ao delito, tal distinção deve operar-se sobre outras bases que não a impugnação do princípio da equivalência dos antecedentes causais.¹⁴⁸

Além disso, tampouco devem ser de todo afastáveis as considerações quanto aos elementos subjetivos como, por exemplo, o conhecimento que o interveniente tem dos fatos, ainda que se concorde não deva a responsabilidade pelo delito estar lastreada exclusivamente em considerações dessa ordem.

Por outro lado, mesmo que sejam duras as críticas formuladas contra a teoria objetivo-material, certo é que a noção segundo a qual algumas contribuições seriam mais relevantes do que outras para o resultado delitivo persistiu como ideia base das formulações posteriores. Estas, no entanto, objetivando superar o problema da vagueza e imprecisão da teoria objetivo-material, buscaram fornecer critérios pelos quais se pudesse identificar essa maior ou menor importância objetiva da contribuição.¹⁴⁹

Dentre tais critérios, desponta o do domínio, sobre o qual erigida a teoria do domínio do fato, preponderante na Alemanha, crescente

¹⁴⁷ Hans Kelsen já advertia para o fato de que, como ciência social, o Direito deveria necessariamente se explicar por meio de princípio diverso daquele que rege os fenômenos naturais. “*Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever o seu objecto segundo um princípio diferente do da causalidade*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 118). Esse princípio jurídico seria, precisamente, o da imputação, que prevê a atribuição de uma consequência a um comportamento considerado contrário à norma. “*(...) a imputação não consiste noutra coisa senão nesta conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito*” (idem, p. 127).

¹⁴⁸ Que, a propósito, não se nega ou questiona como princípio, mas apenas quando tomado como único critério de determinação da responsabilidade por determinado sucesso. Nesse particular, Nilo Batista pondera a impossibilidade de recepção, por nosso ordenamento jurídico-penal, de uma teoria que, tal como a objetivo-material, pretenda diferenciar entre causa e condição, haja vista a disciplina do art. 13 do Código Penal Brasileiro, que expressamente alude à equivalência dos antecedentes causais (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 66).

¹⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*: parte general cit., p. 613.

em países de origem hispânica e incipiente no Brasil.

2.2.2.2.2. A postura do legislador pátrio

Antes de evoluir para uma breve análise das teorias que se desenvolveram em torno do critério do domínio (teoria do domínio do fato e variações), importa conhecer as escolhas do nosso legislador. Especificamente, a qual dos conceitos de autor teria se filiado o nosso Código Penal e qual das teorias fixadoras ou delimitadoras da responsabilidade teria acolhido.

Para melhor compreensão dessas escolhas, é recomendável perquirir a evolução da regulação da matéria em nossa legislação penal, a começar pelo primeiro diploma penal do Brasil independente, promulgado em 1830 por Dom Pedro I. Foi o chamado Código Criminal do Império.

Ali, no art. 4º, previa-se a figura da autoria delitiva, considerando-se autores tanto aqueles que cometessem crimes, quanto os que constrangessem ou ordenassem alguém a fazê-lo. Nos arts. 5º e 6º, disciplinava-se a figura da cumplicidade, definindo o cúmplice como todo aquele que, não sendo autor, diretamente concorresse para a prática de crimes, incluindo-se sob o manto da cumplicidade as condutas dolosas de receber, ocultar ou adquirir produto de crime, bem como as de conceder asilo ou propiciar a reunião de determinados delinquentes (assassinos ou roubadores).

Era clara a filiação do antigo Código Criminal do Império ao sistema diferenciador e, mais especificamente, ao conceito restritivo de autor, toda vez que não apenas previa expressamente a distinção entre autoria e participação delitivas - inclusive definindo a participação como conceito secundário - mas também fundamentava tal distinção em elementos objetivos, a depender do tipo de contribuição ofertada por cada interveniente.

Para o legislador de 1830, autor era todo aquele que praticava (deduz-se, diretamente) o crime, do que se verificaria a adoção de um critério objetivo-formal. A norma, no entanto, considerava autor também quem, embora não cometesse pessoalmente o delito, constrangesse ou ordenasse outrem a fazê-lo, indo, aqui, claramente, além da clássica concepção da teoria objetivo-formal.

Como prova maior da adoção de uma teoria diferenciadora, o Código do Império submetia o cúmplice a margens penais mais brandas do que aquelas às quais se sujeitavam os autores, demonstrando, de maneira cristalina, a concepção segundo a qual as variadas condutas de contribuição ao delito atenderiam a distintos patamares de reprovabilidade.¹⁵⁰

O tratamento penal dado à codelinquência não mudou substancialmente com a edição do Código Penal da República, em 1890.

A autoria passou a ser disciplinada no art. 18, em seus §§ 1 a 4, nos quais foram previstas as seguintes hipóteses: (i) direta execução do crime; (ii) direta resolução do crime, com provocação ou determinação de outrem a executá-lo; e (iii) auxílio necessário, sem o qual o crime não seria cometido.

Verificava-se, assim, uma interessante combinação entre critérios objetivo-formais e critérios subjetivos, de modo que restavam igualmente castigados como autores tanto aquele que, de mão própria, praticasse o delito quanto aquele outro que, mesmo sem executar a conduta tipificada, estivesse por trás da atividade delitiva, não apenas a querendo, mas também provocando ou determinando-a.

Nos parágrafos do art. 21 do mesmo Código republicano, disciplinavam-se as hipóteses de cumplicidade, entendida como fornecimento de instruções ou auxílio ao crime executado e resolvido por outrem. Também ali se previa como cumplicidade toda espécie de auxílio material prestado ao criminoso após a consumação delitiva, como a ocultação de produtos de crime ou o favorecimento pessoal.¹⁵¹

¹⁵⁰ Dizia o art. 35 do Código Criminal do Império: “A cumplicidade será punida com a pena de tentativa e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente”.

¹⁵¹ O que foi alterado a partir do Código de 1940, quando se previram figuras típicas autônomas para tais condutas, convertendo em autoria hipóteses antes identificadas como de mera participação, sujeita a mais baixos patamares penais. Tais condutas, atualmente, encontram-se previstas nos tipos de receptação (art. 180 do Código Penal) e nos de favorecimento pessoal e real (arts. 348 e 349 do Código Penal), estes últimos insertos no capítulo dos crimes contra a Administração da Justiça. A ideia por trás da elevação de tais comportamentos à condição de tipos autônomos, integrantes da Parte Especial do Código, é a de que se dão após finda a execução do delito anterior, o que impediria pudessem ser considerados como forma de participação (já que participação seria participação *em* algo que está em curso). Assim, a cooperação posterior ao autor do delito passou a ser identificada com o perfazimento de um injusto diverso e independente daquele original, convertendo o cooperador em autor desta segunda figura típica.

Se os Códigos de 1830 e 1890 seguiram a mesma trilha - distintiva entre autoria e participação e partidária de um conceito restritivo de autor - o Código Penal de 1940 rompeu de forma drástica com tal orientação, inspirando-se, abertamente, no Código italiano de 1930, o chamado Código Rocco.¹⁵²

Nas palavras de Nilo Batista, a legislação de 1940 passou a adotar “*uma visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva da autoria de base causal*”.¹⁵³ Essa guinada radical de postura consta da própria exposição de motivos do Código Penal de 1940, em que se lia: “*O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a ‘societas criminis’ e a ‘societas in crimine’*”.

A base da mudança de orientação é, como não poderia deixar de ser, a adoção da teoria da *conditio sine qua non*, derivada do expresse acolhimento do princípio da equivalência dos antecedentes causais, pelo art. 11 da então parte geral do Código Penal brasileiro.¹⁵⁴

A questão da responsabilidade pelo delito foi disciplinada, no Código Penal de 1940, sob o título “*Da co-autoria*”, que substituiu o anterior “*Do concurso de pessoas*”, a denotar claramente a mudança de postura com relação à compreensão do caráter, antes diferenciador, agora unitário, da intervenção delitiva.

Já no texto do art. 25 do Código Penal, a famosa fórmula que confirmaria a escolha de nosso legislador: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*”.

¹⁵² “O direito penal brasileiro deixou-se inspirar durante mais de um século pela orientação clássica: os códigos penais de 1830 e 1890 não somente admitiram os dois tipos convencionais de participação como também previram pena necessariamente menor para o cúmplice. O Código de 1940, porém, abandonou essa linha para se filiar à doutrina do direito italiano” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 56. Também, LEIRIA, Antônio José Fabricio. Op. cit., p. 36).

¹⁵³ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 37.

¹⁵⁴ “Sob esse viés se toda a condição é causa, qualquer conduta de cooperação à prática do delito era obrigatoriamente essencial, pois se toda ação é causal jamais pode ser acessória mas sempre principal, não sendo possível distinguir entre autor e cúmplice” (REALE JR., Miguel. Op. cit., v. 1, p. 313).

Os autores pátrios não divergem com relação à orientação unitária da antiga Parte Geral.¹⁵⁵ Aqui, no entanto, faz-se necessário abrir um breve parêntese para aludir à confusão terminológica¹⁵⁶ comumente verificada em nossa literatura penal quando alude, indiscriminadamente, à teoria unitária e à teoria monística, atribuindo-lhes o mesmo conteúdo.¹⁵⁷

Assim, diz-se que a equiparação, de base causal, de todas as condutas sob o manto da autoria - adoção da teoria unitária - significaria opção legislativa pelo monismo, quando este, em oposição ao pluralismo, diz que o tipo penal que conjuntamente perfazem, não importando o número de intervenientes em concurso, é sempre um só e o mesmo, a tornar comum aos distintos colaboradores o título da imputação (e não necessariamente a imputação a determinado título).

A despeito da imprecisão terminológica, já se disse, há consenso quanto à adoção, pelo Código de 1940, de uma postura negativa com relação à participação em sentido estrito. Tal escolha legislativa não foi, contudo, bem recebida por parcela da doutrina que, irresignada, lançou mão de verdadeiro exercício retórico no intuito de reavivar a antiga postura diferenciadora.

Nessa linha, Esther de Figueiredo Ferraz sustentou que, não obstante a inegável opção unitária de nossa então Parte Geral, a distinção entre autoria e participação seria ontológica, não podendo, pois, ser alterada pela simples vontade do legislador.¹⁵⁸ A mesma opinião foi

¹⁵⁵ Assim, LEIRIA, Antônio José Fabricio. Op. cit., p. 36; FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 56; e BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 15-16. Para este último autor: “A coluna de sustentação teórica da posição assumida pelo Código consistia no seguinte raciocínio: adotada expressamente que fora, no art. 11, a teoria da equivalência dos antecedentes, não havia como fugir, na disciplina do concurso de agentes, à inexorável parificação, que desta forma seria imperativa consequência lógica da posição anteriormente assumida, no tratamento legal da causalidade”.

¹⁵⁶ Para a qual já advertira Nilo Batista: “Existe na doutrina brasileira certa imprecisão terminológica. O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade. Tal debate espelha, na verdade, considerações logicamente anteriores, que transitam entre uma concepção restritiva ou extensiva de autor. Outra questão é adotar a lei um sistema diferenciador ou igualitário (de base causal ou não) no tratamento dos concorrentes. A confusão pode surgir quando o sistema diferenciador for designado por ‘dualista’, e o igualitário por ‘monista’” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 36).

¹⁵⁷ Assim, por exemplo: COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 134; e PRADO, Luiz Regis. Op. cit., v. 1, p. 444.

¹⁵⁸ FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 3-4.

expressa por Basileu Garcia,¹⁵⁹ Antônio José Francisco Leiria¹⁶⁰ e Heleno Cláudio Fragoso.¹⁶¹

O respeitável ponto de vista encontraria fundamento na disciplina, por exemplo, do então art. 27 do Código Penal, no qual se previa: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

O dispositivo legal em questão seria, na visão daqueles doutrinadores, a prova de que as modalidades de participação em sentido estrito tanto não poderiam ser negadas pela norma, que a própria norma não teria sido capaz de fugir à sua menção.¹⁶² Do contrário, sendo toda forma de intervenção no delito identificável como autoria, por que o legislador expressamente teria aludido a ajuste, instigação e auxílio?¹⁶³

Daí sustentarem Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que a dicção do então art. 25, em parte repetida pelo atual art. 29, do Código Penal, não significaria propriamente a redução à condição de autoria de toda forma de colaboração ao delito, mas apenas que, em princípio, todo o interveniente se sujeitaria à mesma pena estabelecida para o autor.¹⁶⁴

¹⁵⁹ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. 1, t. II, p. 400.

¹⁶⁰ LEIRIA, Antônio José Fabricio. Op. cit., p. 93-94.

¹⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1986, p. 263.

¹⁶² Incongruência para a qual chamou a atenção Esther de Figueiredo Ferraz: “Apesar do esforço empreendido pelo legislador penal brasileiro para se libertar da tradicional classificação dos agentes do crime incorporada ao sistema da legislação ab-rogada, não o conseguiu de todo. Tanto assim que continua a se servir de uma terminologia que supõe uma classificação subterrânea mas real consagradora das clássicas formas de participação criminosa” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 10).

¹⁶³ A doutrina cuidou, inclusive, de caracterizar cada uma dessas formas de participação previstas no Código de 1940, entendendo por instigação toda a conduta que ou reforçasse o envolvimento, no autor, da resolução de cometimento do delito (instigação em sentido estrito) ou fizesse nele surgir tal decisão (determinação) e, por auxílio, a cumplicidade propriamente dita, entendida como contribuição material ou psíquica para o delito perpetrado por outrem, sendo o ajuste o requisito essencial da decisão comum pelo cometimento do delito (acordo de vontades). Por todos, BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 182-186.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 570.

A postura é defensável, mormente em face da dicção do antigo art. 27, atual art. 31, do Código Penal. De todo modo, a mera previsão de distintas modalidades de intervenção delitiva, sem a consequente gradação da punibilidade, não parece apta a afastar a escolha unitária.¹⁶⁵

Tampouco a afastaria, como visto quando da exposição do conceito unitário de autor, a previsão de regras de individualização da pena, porquanto o grau de merecimento da sanção, considerando cada interveniente, fica restrito ao momento de sua aplicação, não sendo admitidas gradações desde um ponto de vista objetivo da contribuição ao delito.

Como dito, o desconforto de alguns com relação à tendência unitária de nossa legislação levou à busca por alternativas interpretativas ao texto legal, de modo a situá-lo no contexto de um sistema diferenciador,¹⁶⁶ tido por mais justo ou mais conforme a “natureza das coisas”.¹⁶⁷

A reforma da Parte Geral empreendida em 1984 trouxe algumas poucas mudanças. No afã doutrinário de retomar o modelo diferenciador, enxergou-se, nessas discretas alterações, grandes passos a afastar nosso Código Penal da orientação unitária italiana. É verdade que houve avanços, mas estes não foram de entidade tal a dispensar a doutrina do exercício retórico ao qual já se acostumara desde a redação de 1940.¹⁶⁸

A primeira das reformas, mais simbólica do que outra coisa, foi a retomada do título “Do concurso de pessoas”, antes empregado nos códigos do século XIX, em substituição ao título “Da co-autoria”,

¹⁶⁵ Na mesma linha do que seria um modelo unitário funcional (item 2.2.1.1).

¹⁶⁶ Para Nilo Batista, ainda que de forma tímida, a doutrina brasileira questionou a causalidade como critério determinante da responsabilização jurídico-penal, admitiu a teoria da acessoriedade, elaborou formas de participação e acolheu a autoria mediata (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 22).

¹⁶⁷ Assim, Juarez Cirino dos Santos, para quem “se o legislador não diferenciava realidades naturalmente distintas, o intérprete não estava impedido de fazê-lo: o objetivo não era afrontar a lei (argumento positivista igualmente cego), mas adequá-la à realidade das coisas, reduzindo o conflito entre a lei e a vida. A generalização dessa postura, fundada em argumentos irrefutáveis, influenciou a disciplina legal da matéria na lei penal vigente” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 123-124).

¹⁶⁸ Daí porque alguns autores classifiquem nossa atual legislação como adepta de uma “teoria unitária temperada”. É o caso, dentre outros, de PRADO, Luiz Regis. Op. cit., v. 1, p. 444. Sem se valer da terminologia, mas no mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 416.

na ordenação da normativa específica à questão da pluralidade de agentes.¹⁶⁹

Modificações estruturais, todavia, não são identificadas tão facilmente.

A regra da equivalência dos antecedentes causais apenas migrou do antigo art. 11 para o atual art. 13 do Código Penal, no qual ainda se lê: “*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

Já a fórmula do anterior art. 25, segundo o qual “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*”, foi repetida no atual art. 29, em que se adicionou, após uma vírgula, a expressão “*na medida de sua culpabilidade*”.

A doutrina pátria considerou uma evolução a inclusão dessa segunda parte do dispositivo, nela enxergando a ruptura – ainda que tímida – com o dogma causal.¹⁷⁰

Já foi visto, no entanto, que a adoção de um conceito restritivo de autor implicaria a distinção entre a autoria e a participação ainda no plano do injusto e não apenas quando da análise da culpabilidade. Daí porque, a rigor, a adição da expressão “*na medida de sua culpabilidade*” não permitiria, por si só, a inferência da mudança de postura proclamada pela doutrina.

Mas procurou integrar-se a previsão do *caput* do referido art. 29 com a disciplina do § 1º do mesmo dispositivo legal, que alude à *participação de menor importância*, prevendo-se, neste caso, a possibilidade de aplicação da pena reduzida de um sexto a um terço.¹⁷¹

¹⁶⁹ Segundo Paulo José da Costa Jr., a mudança indica a pretensão de abranger, sob a condição de concorrentes, não mais apenas os autores, já que a noção por trás da expressão “concurso de pessoas” é mais ampla, abrangendo intervenientes principais e secundários (COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 134).

¹⁷⁰ Idem, p. 25. Também, REALE JR., Miguel. Op. cit., v. 1, p. 318.

¹⁷¹ A doutrina diverge quanto à obrigatoriedade ou facultatividade da redução da pena, prevista no § 1º do art. 29 do CP. Dentre quem sustente ser facultativa: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 122; DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 102; COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 137. Outros consideram obrigatória a redução e facultativa sua intensidade, entre os limites máximo e mínimo (um terço e um sexto): BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 434; e REALE JR., Miguel. Op. cit., v. 1, p. 318.

Essa situação, que antes configurava mera atenuante genérica (antigo art. 48, inc. II, do Código de 1940), foi convertida em causa especial de diminuição da pena, que pode, inclusive, atingir patamares inferiores ao mínimo legal.¹⁷²

A figura da *participação de menor importância* foi identificada pela doutrina como hipótese de cumplicidade¹⁷³ não necessária, é dizer, da qual não dependeria a própria realização do crime.¹⁷⁴

Parece, contudo, difícil a identificação da figura com base no proclamado critério da dispensabilidade da contribuição para o sucesso do delito, até mesmo porque nosso Código adota a teoria da equivalência dos antecedentes, considerando todo o tipo de importe causal como condição do resultado delitivo.

A conduta do partícipe, nesse contexto, será sempre (e no mínimo) causal e, adotando-se a teoria da *conditio sine qua non*, a supressão mental da contribuição conduziria à inexistência do delito.

Assim, a menos que se sustente seja possível distinguir, sob o aspecto naturalístico, as distintas causas, não será possível falar em uma intervenção de menor relevância com base na imaginada prescindibilidade da contribuição para o delito. Além disso, fosse assim, o comportamento do partícipe seria punido em virtude do mero desvalor da conduta, porquanto inexistente qualquer desvalor do resultado.

É possível imaginarem-se, assim, situações nas quais, inobstante

¹⁷² REALE JR., Miguel. Op. cit., v. 1, p. 318.

¹⁷³ Entendida como o auxílio prestado a um terceiro que comete fato típico e antijurídico (GRECO, Luís. Op. cit., p. 8-7). O autor admite duas modalidades de cumplicidade: a física ou material e a psíquica, que exemplifica com conselhos ao autor sobre como fazer para matar a vítima da forma mais eficiente possível.

¹⁷⁴ Assim, BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 25. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, existiriam hipóteses em que a cumplicidade seria necessária e, portanto, de maior importância, dado que, sem ela, o crime não se realizaria. Nesses casos, a contribuição (necessária) não seria admitida como autoria, apenas em razão de limitações típicas. Os autores exemplificam precisamente com situações de concurso de agentes em delitos especiais, nas hipóteses em que o *extraneus* aportasse colaboração materialmente necessária para o delito. Para Zaffaroni e Pierangeli, quando constatada participação de maior importância, embora não autorizada a imputação de responsabilidade a título de autoria, a pena aplicada deve ser a mesma cominada ao autor, nos termos do *caput* do art. 29 do Código Penal. Miguel Reale Júnior não distingue entre cumplicidade necessária e não necessária, considerando toda contribuição que se insira no contexto da cumplicidade como hipótese de *participação de menor importância* (REALE JR., Miguel. Op. cit., v. 1, p. 318).

a objetiva menor importância da contribuição, seja ela inegavelmente determinante para o delito. A título de exemplo, imagine-se o caso de roubo a banco em que o indivíduo “A” convence “B”, funcionário da instituição financeira (e ciente do plano de “A”) a lhe informar sobre a ocasião em que reduzida a segurança e abundantes os valores nos caixas. De posse da informação, “A”, sozinho, planeja o delito, adquire armas e disfarces e, de mão própria, subjugando o guarda e apropria-se dos valores em caixa.

Dir-se-ia: sem as informações de “B”, “A” não teria cometido o delito. No entanto, “B” não participou de um único ato executivo, nem teve controle (positivo) sobre a ação delitiva, mas apenas a consciência de prestar auxílio à atividade criminosa de “A”. Não seria essa uma hipótese de participação de menor importância, a despeito de necessária? Parece que a importância da intervenção do partícipe, para fins de equiparação de sua pena à do autor, merece ser pensada sobre outras bases.

O questionamento em questão põe em cheque, ademais, o apego à causalidade como critério definitivo para a atribuição da responsabilidade pelo delito, a despeito de sua inegável influência sobre o pensamento jurídico-penal ao longo dos anos.¹⁷⁵

Esther de Figueiredo Ferraz já advertia para a insuficiência do critério causal para a solução da temática da codelinquência. Dizia ela *“que o problema da participação criminosa não se reduz, mesmo do ponto de vista objetivo, ao da simples causalidade material, mas transcende esse plano para se resolver através da análise que se faça de cada uma das formas de agir envolvidas numa infração praticada em concurso”*.¹⁷⁶

A esse respeito, some-se a reflexão trazida pela teoria objetivo-formal de que o recurso à causalidade, fenômeno natural, não pode

¹⁷⁵ Nilo Batista evidencia a força dessa influência não apenas sobre nossa legislação, mas também sobre nossos doutrinadores: *“A quase totalidade da doutrina brasileira de forma irrestrita, e pequena fração com ligeiras reservas, faz a teoria do concurso de agentes repousar sobre a contribuição causal para o delito. Tínhamos, aí, a entronização do dogma da causalidade, que invadira e dominara a ciência do direito penal por influência ideológica do naturalismo, e conseguiu o empobrecimento do conceito de ação, que então quase se identificou com a produção causal do resultado”* (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 39).

¹⁷⁶ FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 48-49.

significar salvo-conduto para a extrapolação dos limites do tipo penal, criação normativa.

A expressão “*de qualquer modo*”, do art. 29 do Código Penal, merece, pois, ser analisada sob essa perspectiva, já que a condição de autor (e a imposição de suas penas) não deve ser reconhecida a quem se comporte de forma tal que não seja minimamente dedutível do teor do tipo de delito, sob pena de manifesta ofensa ao princípio da reserva legal.¹⁷⁷

Com relação à previsão da teoria da equivalência dos antecedentes, é preciso reconhecer que, textualmente, o que prevê o art. 13 do nosso Código é que não há crime sem comportamento causal. Assim, o delito “*somente é imputável a quem lhe deu causa*”. Do disposto no artigo em questão não se deduz, diretamente, que a causalidade seja o único critério a se considerar para a atribuição a alguém de responsabilidade pelo delito (critério suficiente), mas apenas que dele não se pode prescindir (critério necessário).

Nessa linha, parece absolutamente admissível a leitura segundo a qual nossa legislação disciplinou o nexo causal como limite mínimo à imputação do crime, o que não significa seja o critério exclusivo e determinante da responsabilização jurídico-penal, a qual deve ser perquirida por meio do recurso a outros parâmetros.¹⁷⁸ Assim, equaciona-se o problema da tão combatida identificação da conduta – e da autoria, na forma de um sistema unitário – com a simples causação do resultado delitivo.¹⁷⁹

A dúvida remanesce com relação ao verdadeiro sentido do art. 29 da nossa Lei. Se, por um lado, considera que todos os que concorrem para o crime incidem nas penas do autor, por outro, no § 1º, prevê a possibilidade (ou a obrigatoriedade?) de restringir tal pena se a

¹⁷⁷ Idem, p. 49 e 53. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 44.

¹⁷⁸ Tanto assim que, no § 2º do mesmo art. 29, com a admissão do erro na participação, se consagrou a orientação finalista. Segundo o dispositivo, se o colaborador interveio causalmente para um determinado delito (mais grave), mas queria contribuir para crime menos grave, deverá ser apenado conforme a sanção prevista para este delito do qual quis participar, aumentando-se a pena em caso de ter sido previsível o resultado mais gravoso.

¹⁷⁹ “A causalidade *readquire*, assim, sua verdadeira – e mais modesta – função de mais elementar pressuposto e mais exterior limite da responsabilidade penal” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 54).

contribuição for considerada de menor importância.

A *medida da culpabilidade*, foi visto, diz respeito à fixação da pena em concreto e, portanto, não diz muito a afastar a adoção de um sistema unitário, pelo qual se conclui que todo interveniente é autor.

Para Nilo Batista, o significado do dispositivo em questão é, justamente, o de “*nivelar, em princípio, as penas de todas as formas de concurso*”,¹⁸⁰ sistemática que apenas seria rompida na hipótese do § 1º.¹⁸¹

Além das dificuldades em precisar as hipóteses de participação de menor importância, e da discussão sobre a obrigatoriedade da redução da pena até mesmo nessas hipóteses, é importante notar que o § 1º do art. 29 não prevê um patamar penal distinto para o partícipe de menor importância, como faziam, em relação ao cúmplice, os Códigos Penais de 1830 e de 1890.

O partícipe, em princípio, incide nas penas típicas, independentemente da relevância de sua intervenção, que será valorada de forma a ser diferenciada da contribuição do autor apenas no momento da aplicação da sanção,¹⁸² seja quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (com relação ao *caput* do art. 29), seja no momento do cálculo final da sanção, nos moldes do sistema trifásico (art. 29, § 1º, combinado com o art. 68, ambos do Código Penal).

Embora a doutrina reconheça que nem todas as contribuições se equivalem sob um ponto de vista objetivo, e distinga qualitativamente formas de autoria e participação, a valoração dessa distinção é relegada ao momento da individualização da sanção, o que conduziria à negação de uma sistemática verdadeiramente diferenciadora em nosso ordenamento jurídico-penal.¹⁸³

¹⁸⁰ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 45.

¹⁸¹ Assim, Paulo José da Costa Jr., para quem o Código adotou o sistema unitário como regra e admitiu como exceção o diferenciador (COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 137).

¹⁸² Nilo Batista bem resume nosso sistema com a frase: “*Monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade*”, da qual se extrai ser único o crime para o qual intervêm os distintos codelinquentes, cada qual respondendo de forma individualizada, conforme sua culpabilidade (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 39).

¹⁸³ Precisamente a opinião de Hans-Heinrich Jescheck a respeito da nossa legislação vigente. Segundo o autor: “*El Derecho brasileño, siguiendo el ejemplo italiano, recoge en el art. 29 CP el concepto unitario de autor, pero en la doctrina se distinguen con criterios*

Antes de conclusão tão contundente, no entanto, parece importante fixar os olhos na disciplina do art. 31 do Código Penal, que repete o teor do anterior art. 27, segundo o qual: “*O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”.

Além de o dispositivo legal em questão expressamente aludir a formas de participação em sentido estrito, prevê que a punibilidade de tais modalidades de intervenção ao delito depende de se ter dado início à execução do crime.

Em outros termos, o partícipe apenas passa a ser punido quando intervém em favor de uma prática delitiva já em andamento, a qual, necessária e logicamente, está sendo empreendida pelo autor.

O art. 31 do Código Penal Brasileiro prevê, assim, o que a doutrina classifica como acessoriedade quantitativa da participação,¹⁸⁴ explicitando a existência de uma dependência da participação em sentido estrito em relação à autoria.

Desse modo, a participação revela-se intervenção acessória, dependente de uma conduta principal de autor que, se não atingir a tentativa, impede o reconhecimento da própria existência (não só da punibilidade) do comportamento secundário.¹⁸⁵

objetivos diversas formas de participación” (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 603). Discordam desta leitura Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, para os quais a previsão do § 1º do art. 29 deve ser compreendida fora da sistemática do *caput*. Assim, se neste se fixa uma distinção com base exclusivamente na culpabilidade (meramente quantitativa, portanto), no parágrafo se estabeleceria uma diferenciação no próprio injusto (poder-se-ia dizer, qualitativa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 678).

¹⁸⁴ Distingue-se a acessoriedade da participação em duas vertentes. Em sua vertente quantitativa, o princípio da acessoriedade exige, para a punibilidade do partícipe, que o autor tenha dado início à execução do delito. Em sua vertente qualitativa, a punibilidade do partícipe depende da natureza da conduta do autor, e então se distinguem graus de acessoriedade, como a acessoriedade máxima, a acessoriedade mínima e a acessoriedade limitada, esta última sustentada pela maior parte da doutrina, segundo a qual o comportamento do autor deve ser típico e antijurídico (não necessariamente culpável) para que seja punível a conduta do partícipe (GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 139-140). Nilo Batista sustenta ter sido a teoria da acessoriedade limitada a eleita por nosso legislador. Segundo o autor, quando, nos arts. 21, 23, 26, 29, 30, 31 e 62, nosso Código Penal se vale da palavra “crime”, estaria aludindo a uma conduta tipicamente antijurídica (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 165).

¹⁸⁵ Partidário de um conceito restritivo de autor, Antônio José Fabrício Leiria já sustentava, ante a Parte Geral de 1940, que “*o caráter acessório das ações dos cúmplices* ‘stricto

A adoção do princípio da acessoriedade é, como visto, uma das características do sistema diferenciador.¹⁸⁶ No entender de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, trata-se do elemento que verdadeiramente distingue o sistema dos demais, independentemente de qualquer análise dos patamares penais impostos a autores e partícipes, que poderiam até mesmo se equivaler.¹⁸⁷

Consequência importante da adoção de uma sistemática acessória da participação em relação à autoria - combinada com a teoria monista do injusto, claramente prevista no art. 30 do nosso Código Penal¹⁸⁸ - é que será esta última a definir o tipo de delito perpetrado pelos intervenientes em concurso. O instigador ou o cúmplice, portanto, contribuirão para o delito principal cometido pelo autor.¹⁸⁹ Esta questão terá relevância quando da análise dos delitos especiais impróprios (capítulo quinto, item 5.3).

A partir dessas considerações, que apontam para a dificuldade de situar nosso ordenamento jurídico-penal no contexto fechado de um determinado sistema da codelinquência, em sua maioria, a doutrina sinaliza que a eleição entre o modelo unitário e o restritivo depende menos da orientação adotada pelas diversas legislações e mais da

sensu' radica na circunstância de que estas somente adquirem relevância jurídica em face do surgimento da ação principal, que é obra do autor ou autores. Ação do autor é aquela que agride a órbita de proteção do direito e realiza o modelo tipificado pela lei. É a ação principal. Esta ação principal tem a propriedade de imantar as ações dos cúmplices em sentido estrito dando consistência e vitalidade jurídica para estas" (LEIRIA, Antônio José Fabricio. Op. cit., p. 86-87).

¹⁸⁶ Idem, p. 137.

¹⁸⁷ Segundo os autores: "*Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria. La participación en sí misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. Es decir, aunque, por ejemplo, el inductor y el inducido puedan merecer la misma pena, es evidente que la responsabilidad de aquél viene condicionada por los actos realizados por éste y que no hay inducción en sí, sino la inducción a un hecho ajeno, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor. En una palabra, la participación es accesoria, la autoría principal, y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto*" (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 450).

¹⁸⁸ Segundo o art. 30 da nossa Lei penal: "*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*". Ao sentido deste dispositivo, fundamental à análise do concurso de pessoas nos delitos especiais, voltar-se-á no capítulo quinto. Por ora, basta mencionar que a comunicabilidade das circunstâncias pessoais essenciais do crime - tais como, a condição de funcionário público - conduz a que todos os que contribuam para a conduta do funcionário respondam pelo crime por ele perpetrado.

¹⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 187.

opção político-criminal que se faça.¹⁹⁰ Isso, obviamente, desde que a lei não estabeleça de forma inexorável um determinado sistema, o que parece ser o caso do nosso Código Penal.¹⁹¹

Esse o motivo¹⁹² que leva a quase totalidade de nossos doutrinadores a distinguir a autoria da participação,¹⁹³ optando por teorias que situem tal distinção no âmbito do significado objetivo de cada contribuição. Também por essa razão, é amplamente admitido o caráter secundário e acessório da participação, punível em razão da extensão do sentido do tipo penal, precisamente em virtude da norma ampliativa do art. 29 do Código Penal.¹⁹⁴

Sob o manto do conceito restritivo de autor, a orientação tradicional da doutrina repousa sobre a teoria objetivo-formal, adotada, entre outros, por Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete e Fragoso.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Nesse sentido, dentre outros: GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 199-201; BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 108-109.

¹⁹¹ Prova disso é que nem mesmo a doutrina pátria converge em relação à sistemática do concurso de pessoas na nossa legislação, discrepando até mesmo na leitura pontual dos dispositivos legais que a integram.

¹⁹² Já que o modelo restritivo é considerado mais respeitoso ao princípio da legalidade e ao mandato de determinação e, por via de consequência, à própria ideia de um Estado de Direito.

¹⁹³ Inobstante algumas ressalvas, como é o caso dos delitos imprudentes, para os quais parte da doutrina advoga em favor de um conceito unitário de autor. É o caso de FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 263-264; e BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 80, para quem a orientação seria imperativo legal decorrente da letra do art. 18, inc. II, do Código Penal. A postura, no entanto, parece chocar-se com a opinião do mesmo autor a respeito da possibilidade de construir-se um sistema diferenciador para os delitos dolosos, inobstante a previsão dos analisados arts. 13 e 29 do mesmo diploma legal.

¹⁹⁴ Por todos, confira-se a opinião de Luís Greco, que bem sintetiza a questão: “*Creio que há duas razões a levar-nos a uma tal distinção. A primeira delas é de natureza dogmática: o próprio CP, em vários momentos, distingue autor de partícipe. (...) Por outro lado, há uma segunda ordem de considerações a tornar aconselhável a diferenciação entre autor e partícipe e o repúdio ao conceito unitário de autor – considerações de natureza constitucional, referidas ao princípio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’.* Pois a partir do momento que se considera toda e qualquer contribuição apta a caracterizar a autoria, está-se a dissolver os tipos e as descrições de ações nele contidas” (GRECO, Luís. Op. cit., p. 11-12).

¹⁹⁵ Confira-se BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 61. Segundo Fragoso, embora a teoria do domínio final do fato (adiante analisada), em suas palavras, “*possa efetivamente representar mais exata caracterização da autoria em correspondência com a realidade dos fatos, entendemos que deve ser mantida a chamada teoria formal objetiva, que delimita, com nitidez, a participação e a autoria, completada pela idéia de autoria mediata*” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 264).

Ainda que seja este o ponto de vista predominante, com forte reflexo na nossa jurisprudência, há autores pátrios que sustentam um conceito de autor fundado na ideia de domínio, conforme as principais teorias, que serão esboçadas nas próximas linhas.

Dentre estes autores, predominantemente adeptos de uma noção finalista de domínio (domínio final do fato), destacam-se Miguel Reale Jr.¹⁹⁶ e Juarez Cirino dos Santos¹⁹⁷. Luiz Regis Prado¹⁹⁸ e Nilo Batista¹⁹⁹ inclinam-se por uma teoria do domínio do fato de traços menos ontológicos, conforme a proposta de Claus Roxin.

2.2.2.2.3. O critério do domínio

2.2.2.2.3.1. Teoria do domínio final do fato

A teoria do domínio do fato é, como já se disse, a predominante na Alemanha desde o declínio da teoria objetivo-formal na década de 1930. A origem do critério do domínio para a delimitação da autoria em relação à participação encontra-se no desenvolvimento do conceito finalista de ação, em contraposição à noção oferecida pelo positivismo naturalista.²⁰⁰

Segundo Hans Welzel, precursor da teoria final da ação e do critério do domínio do fato, o objeto de uma teoria sobre o conceito de autor é estabelecer o centro pessoal de ação do injusto, e só é possível a partir do momento em que esse mesmo injusto passa a ser concebido como um fenômeno que não se dá à margem da vontade

¹⁹⁶ REALE JR., Miguel. Op. cit., p. 316.

¹⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. Também ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 573; e BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 422.

¹⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. op. cit., 446.

¹⁹⁹ Ao reconhecer, por exemplo, a existência de um domínio funcional do fato (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 101-102) e acolher a proposta da infração de dever para fundamentar a autoria em hipóteses às quais o domínio do fato não seria aplicável (idem, p. 78-79).

²⁰⁰ “Essa concepção e respectiva orientação metodológica deram como subproduto, na área penal, o que Welzel denomina o sistema clássico de Liszt-Beling-Radbruch, responsável pela divisão da ação humana em dois segmentos distintos: de um lado, o ‘querer interno’ do agente; de outro, o ‘processo causal’ visível, isto é, a conduta corporal do agente e o seu ‘efeito’ ou resultado. Situava-se no injusto o encadeamento causal externo e, na culpabilidade, todos os elementos subjetivos, isto é, os elementos internos, anímicos, do agente” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93).

humana, mas é por ela orientado e conduzido.²⁰¹

Conforme a teoria do domínio final do fato, nos delitos dolosos, o papel de autor reconhece-se naquele que dirige a ação típica com vistas a determinado fim, em razão de sua decisão volitiva.²⁰² O conceito de domínio, assim, bem se compadece com a teoria finalista da ação, pois traduz justamente a ideia segundo a qual o desencadeamento causal de uma determinada conduta (dolosa) não é algo que se desprende do agente que o impulsiona, mas está vinculado a uma finalidade que controla o sucesso naturalístico.²⁰³

A teoria do domínio final do fato pressupõe, como já se nota, uma distinção preliminar entre os delitos dolosos e os delitos culposos, e apenas se aplicaria aos primeiros, porquanto o injusto imprudente não admitiria, segundo Welzel, a distinção entre autoria e participação, considerando-se autor todo aquele que, mediante sua conduta, lesiona o dever de cuidado que lhe é exigido, produzindo o resultado típico.²⁰⁴

Nos delitos dolosos, em contrapartida, haveria a necessidade de adotar-se um conceito restritivo de autor, que identificasse a figura principal do delito como aquele que exerce o domínio final sobre o acontecer, conduzindo-o, com consciência do fim, em direção ao

²⁰¹ A partir do momento em que a causalidade se reconhece como fenômeno dirigido, orientado para a finalidade antecipada na mente do agente (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 142-143).

²⁰² “*Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho*” (idem, p. 145).

²⁰³ Segundo Welzel, o conceito final de autor surge das determinações fundamentais do conceito final de ação e do conceito pessoal de injusto para a conduta dolosa (idem, p. 145).

²⁰⁴ Para Welzel, nos delitos culposos, toda interposição de uma causa que conduza ao resultado típico mediante conduta que não observe o dever de cuidado que fundamenta a norma penal configura, irremediavelmente, autoria, não havendo como distinguir entre condutas principais e acessórias nesta classe delitiva (op. cit., p. 143). A adoção de um conceito unitário de autor para os delitos imprudentes é compartilhada por parcela da doutrina. No Brasil, por exemplo, admitem-na Nilo Batista (op. cit., p. 175) e Heleno Cláudio Fragoso (op. cit., p. 263-264). Há, contudo, um forte discurso no sentido contrário, protestando pela submissão do rol dos delitos culposos também ao sistema diferenciador. Assim é, v.g., a opinião de Santiago Mir Puig, para quem, em virtude da teoria monista, não pode haver participação dolosa em crime culposo (seria necessário acudir à figura da autoria mediata), mas seria absolutamente admissível a participação culposa em delito imprudente. O clássico exemplo doutrinário, também mencionado por Mir Puig, é o do passageiro que induz o motorista do veículo a acelerá-lo além da velocidade permitida, o que vem a ocasionar um acidente (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 399).

resultado típico, e convertendo-se, assim, em senhor do fato.²⁰⁵ Já o partícipe, delimitado negativamente, seria todo aquele que, sem exercer o domínio final sobre o fato, nos temos expostos, prestasse colaboração a quem o fizesse (o autor).

O critério do domínio final do fato reuniu um sem-número de adeptos, muitos dos quais dele partiram para propor conceitos outros que apenas visavam a ajustar pequenos inconvenientes que foram sendo apontados pela doutrina mais atenta. Dentre esses inconvenientes, possivelmente o maior deles tenha sido originário dos delitos especiais, em particular da problemática do “instrumento doloso não qualificado”,²⁰⁶ objeto de análise mais detida no capítulo quinto.

No Brasil, sustentam um conceito de autor construído sobre a noção do domínio final importantes nomes já citados, como Miguel Reale Jr. e Juarez Cirino dos Santos. Na Espanha, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán definiram-no como *“o mais apto conceito para delimitar quem é autor e quem é partícipe, pois por mais que às vezes seja difícil precisar em cada caso quem realmente domina o acontecimento delitivo, está claro que apenas quem pos-sua a última palavra e decida se o delito se comete ou não, deve ser considerado autor”*.²⁰⁷

A caracterização da teoria do domínio do fato, conforme sua formulação original em Welzel, não é pacífica na doutrina, embora a maioria dos autores nela visualize a reunião de traços das teorias objetivas com outros das teorias subjetivas, que ganharam especial destaque na Alemanha. Assim, não raro se afirma sua natureza de teoria “objetivo-subjetiva”.²⁰⁸

²⁰⁵ Idem, p. 143. O autor, dessarte, decidiria o “se” e o “como” da realização do delito, conforme a famosa formulação.

²⁰⁶ Assim bem destacou GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 335 e ss.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 451.

²⁰⁸ Assim a classificam, entre outros tantos: JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 593-594; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 372; e BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 63. Para Jescheck, “*nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva resultam apropriadas para fundamentar de maneira convincente a essência da autoria e, ao mesmo tempo, delimitar corretamente autoria e participação. Procede buscar, por tanto, uma síntese de ambas as opiniões doutrinárias, cada uma das quais caracteriza corretamente um aspecto da questão mas, aplicada isoladamente, não chega a captar seu sentido total*” (traduzido livremente para o português). Em sentido diverso, Günther Stratenwerth (op. cit., p. 232) e, no Brasil, Nilo Batista (op. cit., p. 69) conferem ao domínio final do fato caráter de teoria “final-

Precisamente por mesclar, em certa medida, critérios objetivos - o poder de, por meio de sua conduta, dirigir a realização do delito até o sucesso final - com critérios subjetivos - o dolo e a vontade orientada finalisticamente para aquele sucesso materialmente dominado - é que a teoria do domínio do fato foi capaz de, desde sua primeira formulação, resolver satisfatoriamente as tormentosas questões da autoria mediata e da coautoria, ao menos no que dizia respeito aos delitos comuns.²⁰⁹

Assim, nas hipóteses de autoria mediata, tornou-se possível reconhecer que o sujeito de trás, que se vale de outro como instrumento para a realização do delito, ainda que não execute diretamente o tipo penal, domina o fato como se o fizesse, na medida em que é ele quem determina o “se” e o “como” do delito, colocando o instrumento a serviço de seus próprios (do autor mediato) fins.

Para acobertar os casos de coautoria, admitiu-se que o domínio poderia ser detido por vários sujeitos em conjunto,²¹⁰ desde que fossem estes coportadores da decisão comum de praticar o delito e que cada qual contribuísse objetivamente de maneira tal que se pudesse identificar como necessária para o sucesso final.²¹¹

Embora sejam notórias as vantagens de uma noção como a de domínio sobre o acontecer típico para fundamentar a autoria (e, negativamente, também a participação) nos delitos ditos comuns, a teoria

-objetiva”. Elena Maria Góriz Royo opta por reunir todas as formulações que partem do conceito de domínio sob uma mesma categoria de teorias “objetivo-materiais” (op. cit., p. 229). Para Juárez Cirino dos Santos, trata-se de teoria “objetiva material-final” (op. cit., p. 121).

²⁰⁹ “La teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 372).

²¹⁰ Identificando-se, assim, a coautoria como uma verdadeira classe de autoria (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 154). Nessa mesma linha, Juárez Cirino dos Santos, ao atribuir à coautoria a nomenclatura “autoria coletiva” (SANTOS, Juárez Cirino dos. Op. cit., p. 122).

²¹¹ Para Welzel, a coautoria caracteriza-se pela reunião dos seguintes requisitos: (i) decisão comum do fato, a qual não precisa ser prévia, podendo dar-se no curso da execução delitiva; e (ii) execução comum do fato, sendo cada interveniente codetentor do domínio final, ainda que pessoalmente não realize atos de natureza propriamente executiva. Assim, desde que “el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito” (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 154-159).

tropeçou com dificuldades quando do enfrentamento das hipóteses de concurso de pessoas nos delitos especiais, com destaque para os já aludidos casos limite do “instrumento doloso não qualificado”²¹² e do “instrumento qualificado que atua sem dolo”.²¹³

A discussão acerca de uma mais correta forma de enfrentamento dessas questões será tratada no capítulo quinto, precedida de análise do fundamento material dos delitos especiais sem a qual o debate perde seu ponto de apoio.

Ainda assim, a insuficiência do critério do domínio final do fato para a solução desses casos limite pode ser apontada, em linhas gerais, como resultante do apego a uma noção de domínio de cunho fático ou naturalístico, que não poderia ser bem transposta para os casos em que tal controle fosse detido por quem não possuísse as características legalmente exigidas para assumir a condição de autor.

2.2.2.2.3.2. Teorias normativas do domínio do fato

Nesse contexto, o critério do domínio inicialmente idealizado por Welzel passou a ser reformulado de tal modo a incorporar elementos normativos aptos a fornecer soluções àquelas hipóteses às quais uma noção puramente naturalística de domínio não respondia de forma satisfatória.

Foi o próprio Welzel quem inaugurou essa tendência ao sustentar, já na 11ª edição de sua obra, a ideia de um domínio social do fato, entendido como domínio do fato compreendido em seu desvalor ético-social completo.²¹⁴

Para este autor, enquanto o domínio do fato seria a característica geral da autoria, nos delitos dolosos, as chamadas características

²¹² Assim, em um delito especial como o da omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal), a hipótese em que o médico determina à enfermeira o não encaminhamento da notificação à autoridade pública competente, o que é materialmente executado por aquela.

²¹³ No mesmo exemplo do art. 269 do Código Penal, o caso da enfermeira que, intencionalmente, coloca na pasta do médico que se dirige à autoridade pública para entrega das notificações apenas parte delas, levando-o a cometer o delito sem que tivesse tal propósito.

²¹⁴ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 150.

especiais do autor seriam adicionalmente requeridas em alguns tipos especiais para fundamentar a responsabilidade principal por tais delitos. Essas características pessoais poderiam ser de ordem subjetiva, tais como as intenções especiais, as tendências e formas de ânimo,²¹⁵ ou de ordem objetiva, assim compreendendo as posições de dever, nos delitos omissivos impróprios e nos delitos especiais,²¹⁶ conforme será abordado, especificamente, nos capítulos terceiro e quarto deste trabalho. Apenas com a concorrência das citadas características pessoais é que determinado sujeito teria o domínio do fato não apenas em seu aspecto final, mas também em seu caráter “social”, e assim se converteria em autor do delito.

Por meio dessa adaptação à sua teoria original, Welzel pretendia solucionar os problemas advindos de aludidos casos limite, conferindo à noção de “domínio do fato” algo mais que o mero controle naturalístico, de forma a garantir que, v.g., nos delitos especiais, o domínio fosse reconhecido na figura do *intraneus*, evitando-se, em tais situações, o insatisfatório resultado da impunidade.²¹⁷

Assim, conceitos, como o da autoria mediata ganharam, já em Welzel, contornos normativos ao admitirem como uma de suas formas de apresentação, precisamente aquela por meio da qual o indivíduo qualificado (*intraneus*) se vale da execução material pelo não qualificado (*extraneus*), ainda que neste estejam presentes dolo e liberdade de agir.²¹⁸

²¹⁵ Assim, por exemplo, o especial fim de apropriação, nos delitos contra o patrimônio (arts. 155, 157 e 168 do CP), e o dito estado puerperal, no crime de infanticídio (art. 123 do CP).

²¹⁶ Idem, p. 146.

²¹⁷ Imagine-se, por exemplo, um delito especial como o de prevaricação (art. 319 do CP). Suponha-se que um Delegado de Polícia não tivesse interesse em dar início à persecução penal por um delito devidamente relatado em Boletim de Ocorrência lavrado no Distrito Policial e, então, solicitasse à faxineira que, ciente de seus atos, destruísse o documento, o que seria materialmente executado por ela, com consciência e vontade. Neste caso, resta claro que a faxineira não pode prevaricar. No entanto, ainda que possa ser do interesse do Delegado a destruição do documento, o domínio final do fato detém a funcionária que, no entanto, não pode ser autora do delito especial. Sendo a participação acessória da autoria, tampouco poderia ser incriminado o Delegado, conduzindo à impunidade de todos os envolvidos.

²¹⁸ Para Welzel, as demais hipóteses de autoria mediata seriam: (i) domínio final único do fato, pelo qual o autor mediato se vale de instrumento que atua sem dolo (exemplo clássico do médico que entrega à enfermeira seringa com dose letal de medicação); e (ii) domínio superior do fato, pelo qual o autor mediato se vale de instrumento que atua

Outros autores valem-se de um conceito de domínio do fato de pretensão normativa e integradora das hipóteses de concurso de agentes em delitos que, como os especiais, apresentam restrição típica em sede de autoria.²¹⁹ É o caso de Wilhelm Gallas e do próprio Hans-Heinrich Jescheck, que sustentam, respectivamente, uma ideia de “domínio normativo-formal”²²⁰ e de “domínio normativo-psicológico”²²¹ sobre o fato.

A principal crítica que se dirige a tais propostas, dentre as quais deve ser incluída a noção de “domínio social do fato”, sustentada por Welzel, é que, de um lado, desvirtuam o sentido dogmático da própria noção de “domínio do fato”, de base claramente fática ou naturalística, fazendo com que o conceito se esvazie e perca sua operacionalidade. De outro lado, e como consequência desse esvaziamento de conteúdo, a ideia de domínio deixaria de ser um critério para delimitar a autoria, convertendo-se em simples etiqueta a ser conferida a quem, por outros motivos, se considere autor do delito.²²²

A mais famosa formulação do domínio do fato, de Claus Roxin, ainda que se afaste do fundamento no conceito final de ação, retoma a proposta primeira de Welzel para, a partir dela, desenvolver o conceito como verdadeiro critério material de tipificação do autor, compreendido como figura central do delito.

Embora alguma pretensão de generalização²²³ se encontre na

sem liberdade (casos como o de uso da força ou cumprimento de ordem de superior hierárquico e de deficiência na formação da vontade, como em instrumentos menores de idade ou enfermos mentais) (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 123-124).

²¹⁹ Vide capítulo terceiro.

²²⁰ Para Gallas, a autoria representaria a relação entre aquele que se conduz a um resultado e este resultado, de forma tal que se possa dizer que tal processo é “seu” e o resultado deste processo “sua obra”. Nos delitos com restrição em sede de autoria, as circunstâncias e qualidades especiais que se exigiriam do autor conformariam o próprio significado da conduta típica, de tal forma que apenas poderia ser “dono” do resultado delitivo aquele que reunisse tais características exigidas pelo sentido do tipo penal (GALLAS, Wilhelm. *Täterschaft und teilnahme*. In: *Beiträge zur verbrechenslehre*. De Gruyter, 1968, p. 95 e ss., apud GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 344-346).

²²¹ Jescheck sustenta que o domínio do fato deve ser compreendido em sentido não puramente naturalístico, mas integrado por aspectos normativos (como a exigência das qualidades legais, nos delitos especiais) e psicológicos (o controle psicológico que o autor deve exercer sobre o partícipe) (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 610).

²²² Assim as principais das críticas enumeradas por GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 337-344.

²²³ Sustenta-o GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 335.

proposta de Roxin, é certo que, comparativamente aos conceitos de cunho normativo vistos até aqui, o domínio do fato exposto na famosa obra *Autoria e domínio do fato em direito penal* não pretende resolver todas as hipóteses de concurso de pessoas, mas apenas aquelas que envolvam delitos comuns, comissivos e dolosos, admitindo-se a impossibilidade de impor um único conceito de autor para todas as manifestações delitivas.

Roxin parte de duas premissas metodológicas para formular seu critério de domínio do fato. São elas: (i) a compreensão do autor como figura central do delito; e (ii) a delimitação do domínio do fato como um conceito aberto.²²⁴

Tais pontos de partida permitem a Roxin criar um conceito formal de autor, uma moldura que será dotada de conteúdo conforme distintos critérios propostos de acordo com os aspectos concretos da intervenção delitiva,²²⁵ com a vantagem de poder adaptar-se às novas situações que eventualmente se apresentem no futuro.²²⁶

Sustenta Roxin que, no que diz respeito aos delitos comissivos dolosos, autor é aquele que detém o domínio do fato, o qual é fundamentado, dependendo da situação concreta, conforme qualquer dos seguintes critérios: (i) domínio da ação; (ii) domínio da vontade; ou (iii) domínio funcional do fato.

O domínio da ação é definido por Roxin como o protótipo da autoria e se manifestaria sempre que o indivíduo realizasse por si mesmo, pessoal e responsabilmente,²²⁷ a conduta típica, assemelhando-se o domínio do fato, aqui, a um conceito objetivo-formal de autor.

O domínio da vontade, por sua vez, adviria das hipóteses de autoria mediata em que o autor direto se encontrasse reduzido à condição de simples instrumento da vontade do sujeito de trás. Para Roxin, as hipóteses em que verificável tal situação seriam as seguintes: (i) o autor direto é desprovido de vontade livre (atua sob coação ou erro); (ii) o autor direto é inconsciente do sentido objetivo de sua conduta (inimputável ou menor); e (iii) o autor direto é fungível no contexto

²²⁴ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 44 e ss.

²²⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 100.

²²⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 329-330.

²²⁷ É dizer, livre de coações e de qualquer dependência de modo superior ao socialmente normal (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 151).

de um aparato organizado de poder, liderado pelo autor mediato.

O domínio funcional do fato, por fim, fundamentaria as hipóteses de coautoria, sempre que cada coautor prestasse colaboração funcionalmente significativa,²²⁸ no curso da fase executiva (e não meramente preparatória)²²⁹ do delito.

Cada um dos citados critérios (domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional) é concebido por Roxin como fórmula autônoma de domínio do fato,²³⁰ confirmando o caráter aberto do conceito, a ser dotado de conteúdo conforme a situação concreta de que se trate.

Conforme dito já no início da exposição da teoria de Roxin sobre o domínio do fato, o conceito é válido para a delimitação da autoria (e, negativamente, da participação) em uma classe determinada de delitos: os comissivos e dolosos.²³¹

O próprio autor sustenta que o conceito não serve para solucionar

²²⁸ Neste caso, o domínio do fato seria detido conjuntamente por todos os coautores. Roxin não admite a ideia segundo a qual cada coautor exerceria domínio sobre uma fração do acontecer global (domínio parcial), nem que cada um, por si só, deteria o domínio total do fato. Para o autor, a correta compreensão do fenômeno da coautoria e do emprego do critério do domínio do fato para fundamentar a autoria de cada um dos intervenientes depende da constatação de que estes ocupem uma “posição-chave” para o sucesso do plano, de tal forma que o delito só se realize mediante a atuação conjunta e orquestrada de todos os concorrentes, tendo em vista a divisão do trabalho e a necessária imbricação das funções desempenhadas por cada qual (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 308-312).

²²⁹ Roxin discute se, no contexto de uma ação orquestrada entre vários, a contribuição ainda na etapa preparatória poderia ser entendida como codomínio (no sentido funcional) do fato para, ao final, concluir negativamente. Para Roxin, apenas aquele que toma parte na realização do delito pode realmente dominar o curso do sucesso e ocupar o posto de figura central do acontecer delitivo. Aceitar o domínio de quem apenas tenha ajudado a criar as condições prévias do crime só se explicaria, na visão de Roxin, como resquício das teorias subjetivas da participação. A questão mais controversa remete à figura do líder do bando ou do grupo criminoso, que muitas vezes poderia apenas praticar atos de natureza preparatória. Roxin soluciona a questão acudindo ou à figura da autoria mediata, na hipótese de domínio da organização e fungibilidade de seus membros hierarquicamente inferiores, ou à figura da coautoria, mas apenas nos casos em que o líder ou chefe do grupo efetivamente dirija ou cubra a execução do delito. Nas demais hipóteses, a contribuição teria necessariamente natureza de participação (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 323-331).

²³⁰ Idem, p. 310.

²³¹ Segundo Nilo Batista: “*Está claro que essa posição de domínio só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal*” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 71).

todas as hipóteses de concurso de pessoas.²³² Particularmente, nega a aplicabilidade do critério do domínio aos delitos de mão própria,²³³ aos delitos omissivos²³⁴ e, que particularmente interessam a este estudo, aos delitos especiais.

Para esta última categoria, Roxin introduz a ideia da infração de dever como critério de atribuição da responsabilidade a título de autor.

Partindo da análise dos delitos funcionais, Roxin analisa que o que determinaria a restrição típica no campo da sujeição ativa empreendida pelo legislador seria “o dever específico (que deriva de ter encomendada uma concreta matéria jurídica) dos implicados de comportarem-se adequadamente, cuja infração consciente fundamenta a autoria”.²³⁵

Segundo a teoria aqui analisada, nos delitos especiais, o critério determinante para a autoria não seria o domínio do fato, mas a infração do dever jurídico, o que leva Roxin a propor uma reclassificação segundo a qual as figuras delitivas se dividiriam em “delitos de domínio” (*Herrschaftsdelikte*) e “delitos de infração de dever” (*Pflichtdelikte*), conforme o conceito de autoria que lhes fosse aplicável.²³⁶

Essa divisão, em Roxin, mostra-se radical, a ponto de que, para os chamados “delitos de infração de dever”, a ideia do domínio do fato é tida por imprestável.²³⁷ A figura central do delito passa a ser apreensível exclusivamente com base no critério da infração do dever que vincula, nos delitos especiais, o *intraneus*.

Assim, Roxin garante que, ante a prática de um delito especial (“delito de infração de dever”), a autoria recaia sempre – e com absoluta independência do domínio ou de qualquer indagação de ordem naturalística – sobre a figura do *intraneus*, detentor do dever especial, e nunca sobre o *extraneus* – sobre quem incidiria somente um dever genérico de respeito à norma – que passa a, apenas, res-

²³² Sobre o critério do domínio do fato, adverte Roxin: “*Há preceitos penais que excluem sua aplicação*” (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 385, traduzido livremente para o português).

²³³ Idem, p. 419 e ss.

²³⁴ Idem, p. 498 e ss.

²³⁵ Idem, p. 386.

²³⁶ Idem, p. 388, sendo certo que a distinção viria determinada pela própria lei.

²³⁷ “*A meu juízo deve-se descartar completamente a ideia do domínio do fato*” (idem, p. 388, trecho traduzido livremente para o português).

ponder a título de participação.²³⁸

Se, de um lado, o critério do domínio do fato, nos termos em que formulado por Roxin para os ditos “delitos de domínio”, não permite o total afastamento de uma ideia naturalística da intervenção delitiva,²³⁹ o conceito de infração de dever possui caráter claramente normativo, de todo desapegado de considerações quanto ao relevo da efetiva contribuição de cada interveniente.

Dominante na Alemanha, e crescentemente angariando adeptos em países de tradição dogmático-penal, a teoria do domínio do fato de Roxin – e, ainda que com um pouco menos de força, também sua teoria dos delitos de infração de dever – possui uma série de pontos fortes que a fazem efetivamente merecedora da posição que ocupa e vem ganhando na doutrina e na jurisprudência.

Dentre essas qualidades, merece destaque a capacidade do critério de oferecer soluções aparentemente satisfatórias às hipóteses de autoria mediata²⁴⁰ e coautoria, sem, contudo, criar um conceito fechado e de adaptação impossível frente a eventuais novas situações fáticas. A aptidão do domínio do fato de resolver de forma aceitável na grande maioria dos casos se deve ao fato de o conceito ter sido cuidadosa e meticulosamente desenvolvido por Roxin com base em critérios materiais pensados para a situação concreta.

Inobstante a alta aceitação, o modelo de Roxin não está imune a críticas. E, embora existam objeções à própria ideia do domínio do fato,²⁴¹ os ataques avolumam-se em face do binômio “domínio do

²³⁸ A participação caracteriza-se não mais como “cooperação sem domínio do fato”, mas como “intervenção sem infração de dever” (idem, p. 401).

²³⁹ Roxin liberta-se da dicotomia entre ontologismo e normativismo atribuindo a seu conceito de domínio do fato um caráter misto ontológico-teleológico. “*El del dominio del hecho no consiste en un concepto de autor ontológico (esto es, captable a partir del sentido previo dado), ni tampoco en un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino en el producto de una síntesis poliédrica de modos de considerar ontológicos y teleológicos*” (idem, p. 350).

²⁴⁰ Sobre os avanços que a proposta de Roxin trouxe à teoria da autoria mediata, confira-se BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 165 e ss.

²⁴¹ Nesse sentido, Santiago Mir Puig insiste em que o conceito carece de maior concreção, em especial no que diz respeito a seu aspecto negativo, como o poder de interromper a atividade delitiva, que não seria exclusivo do autor, mas, inclusive, poderia estar em mãos de um terceiro, alheio à prática criminosa, crítica à qual também adere Elena Maria Górriz Royo (op. cit., p. 428). Outrossim, Mir Puig objeta em face da perspectiva ontológica do conceito, sustentando que o controle material sobre o fato deva ser apenas

fato”-“infração de dever”, pelo qual Roxin propõe, na verdade, dois conceitos de autor absolutamente distintos.²⁴²

Especificamente com relação aos delitos de infração de dever, voltar-se-á, no capítulo quarto, quando da análise da infração de dever como fundamento material dos delitos especiais.

Ainda no que diz respeito ao domínio do fato, importa dizer que, a partir de Roxin, desenvolveram-se teorias dedicadas à normatização do conceito. Além das citadas posturas de Wilhelm Gallas e de Hans-Heinrich Jescheck, interessa, sumariamente, destacar a proposta de Günther Jakobs.

Segundo este autor, um dado comportamento só interessa ao Direito Penal na medida em que frustre a expectativa social que sobre ele recai, em virtude da quebra de um determinado papel desempenhado socialmente e do qual deriva um feixe de deveres.

Assim, para Jakobs, mesmo nos “delitos de domínio” ou nos “delitos em virtude da (própria) organização”, conforme a classificação por ele empregada,²⁴³ a responsabilidade jurídico-penal derivaria da ofensa a deveres oriundos da competência pela organização da esfera de liberdade individual.²⁴⁴

O pensamento de Jakobs, assim, reflete a tendência que se vem apresentando na Europa, pela qual o domínio e o dever deixam de ocupar posições estanques para se contaminarem mutuamente. Deixam, assim, de corresponder cada qual a um aspecto naturalístico ou normativo da teoria do delito para, no limite, considerações de ordem normativa (materializadas na ideia do dever) ocuparem também âmbitos em que tradicionalmente a discussão se dava sobre elementos tidos por ontológicos.

um dos critérios a serem sopesados quando da imputação de um determinado fato a título de autoria, existindo outros aspectos normativos a se terem em conta (op. cit., p. 373).

²⁴² O que o leva a ser criticado pela formulação de um sistema essencialmente utilitarista e voltado à resolução tópica do caso concreto (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 141). O autor objeta contra a defesa de Roxin, no sentido de que a ideia de “figura central do delito” unificaria ambos os conceitos sob uma base comum, aludindo que tal noção não oferece mais que um ponto de partida, quando do que se trata ao trabalhar a ideia de autoria é justamente determinar qual o preciso critério pelo qual se reconhecerá a figura principal do delito.

²⁴³ Para explicação sintética da proposta de Jakobs, vide capítulo quarto, item 4.2.3.

²⁴⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 365-366.

O recurso ao domínio do fato predica-se sobre uma base já não mais puramente naturalística, mesmo para os delitos comissivos dolosos, na qual por vezes o legislador não disciplina os processos causais que, produtores do resultado desvalorado, hão de ser tidos por típicos.

Nos delitos resultativos de meios indeterminados, em que a teoria da imputação objetiva encontrou terreno fértil para florescer, também a normativização da ideia de domínio se fortaleceu,²⁴⁵ postulando um conceito de autor que não se desenvolvesse sobre a forma de realização nem sobre o controle do delito, mas com base na ideia de competência ante a geração do risco tipicamente desaprovado.²⁴⁶

Por serem ainda embrionárias, estas propostas, e por não estarem imunes à censura, que se centra principalmente na desconsideração das fronteiras típicas sempre que se procuram critérios de atribuição da autoria que extrapolem o texto normativo, não se aprofundarão em suas análises, optando-se por trabalhar a ideia do domínio do fato nos termos da difundida proposta de Roxin.

2.2.2.2.3. Teoria da pertinência do delito

Antes, contudo, de dar por encerrado o capítulo a respeito da evolução das principais teorias sobre o conceito de autoria no Direito Penal, cabe uma breve análise da proposta de Santiago Mir Puig, a qual vem ganhando adeptos na Espanha²⁴⁷ e pretende superar os inconvenientes da teoria do domínio do fato, em especial a inaptidão do conceito para oferecer um critério geral – aplicável a todos os delitos – de delimitação das figuras de autor e partícipe.

²⁴⁵ Segundo Carolina Bolea Bardon, “*un criterio normativo de dominio no tiene por qué descuidar los fenómenos de la realidad, aunque haya que reconocer (...) que los hechos sólo son relevantes para el Derecho cuando se vinculan a valoraciones jurídicas*” (op. cit., p. 133). A autora destaca que, mesmo nos casos de autor único individual, a ideia de um controle absoluto sobre os acontecimentos é ideal, considerando-se que sobre os cursos causais há certa dose de imprevisibilidade e que existe sempre a possibilidade de concorrência de outros fatores que impeçam a consumação do delito (idem, p. 130-131).

²⁴⁶ Nesse sentido, MARÁVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 635.

²⁴⁷ Dentre os quais, os professores da Universidade de Barcelona CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*. Barcelona: PPU, 1989, p. 347-348; FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 140 e ss.; e GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 380 e ss.

Mir Puig propõe um critério, o qual denomina pertinência do delito²⁴⁸ (*pertenencia del hecho*), de base menos naturalista que a tradicional concepção do domínio do fato e mais atributivo, entendendo a autoria e a participação como categorias que se inserem no contexto de uma imputação normativa.²⁴⁹

O controle material do delito, assim, seria apenas um dos critérios a se ter em conta para a imputação a título de autoria. Parte, então, dessa premissa para propor que o autor seja compreendido como aquele indivíduo que surge como protagonista do delito, sujeito principal de sua realização.²⁵⁰

Segundo Mir Puig, a autoria pressuporia, assim, uma relação de pertinência, pela qual é possível dizer que o delito é obra do autor e, nesse sentido, lhe pertence.

O autor, pois, será, dentre os cocausantes do delito, aquele que, reunindo as condições pessoais requeridas pelo tipo,²⁵¹ aparece como protagonista do fato punível, podendo atribuir-se-lhe a pertinência exclusiva (autor único) ou compartilhada (coautoria) do delito.²⁵²

O principal diferencial da proposta de Mir Puig reside na anterior aplicação da teoria da imputação objetiva, antes da discussão dos critérios pelos quais, dentre os cocausantes objetiva e subjetivamente imputáveis, se estabelece aquele (ou aqueles) que protagonizam o injusto.

Assim, até aqui, em sentido similar ao que posteriormente sustentou Ricardo Robles Planas,²⁵³ Mir Puig considera que a imputação do fato a alguém pressupõe um duplo processo pelo qual, em um primeiro momento, se avaliaria a existência de uma relação de risco típico entre conduta e resultado.²⁵⁴ Em caso afirmativo, e superado

²⁴⁸ Conforme tradução brasileira da obra do autor espanhol: MIR PUIG, Santiago. *Dereito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 338-339.

²⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general cit.*, p. 373-378.

²⁵⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 357.

²⁵¹ Requisito elementar para os delitos dos quais este trabalho se ocupa.

²⁵² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general cit.*, p. 373-374.

²⁵³ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites cit.*, p. 219-221.

²⁵⁴ Esse primeiro nível da imputação objetiva ou “imputação objetiva em sentido estrito” compreenderia as questões que Mir Puig assinala como integrantes do “núcleo histórico” da teoria, é dizer, aquelas que dizem respeito aos limites à causalidade naturalística, com

esse “primeiro nível” da imputação objetiva, seriam analisadas as responsabilidades individuais dos cocausantes, a fim de se decidir quais deles e em que medida (a que título) deveriam responder pelo delito.²⁵⁵

Sob essa estrutura, o autor do delito seria aquele que, dentre os que criaram (ou aumentaram) um risco tipicamente desaprovado, materializado no resultado, possua a relação que lhe permita imputar o crime como seu, conforme o critério da pertinência. *“Para a imputação de um tipo de autoria (aqueles previstos na Parte Especial e os de tentativa) não basta a relação de risco, mas se exige também a relação de ‘pertinência’ a título de autor”*.²⁵⁶

A *relação de pertinência*, assim, conforme destaca Silvia Fernández Bautista, pressupõe, como mínimo, o nexo de causalidade e a relação de risco entre a conduta do indivíduo e o resultado delitivo, além do dolo ou da imprudência, conforme o tipo de que se trate.²⁵⁷ Para a imputação de um tipo de autoria, pois, são necessárias tanto a relação de risco quanto a relação de pertinência.²⁵⁸

Pois bem. Conforme Mir Puig, dita relação de pertinência reconhecer-se-ia, em primeiro lugar, ao executor material individual a quem seja, conforme os critérios da imputação objetiva em sentido estrito, atribuível o delito. Assim, pois, nestes casos, inexistindo outros intervenientes aos quais se lhes possa imputar a realização do risco típico, não há quem dispute com tal sujeito a relação de pertinência.

Em segundo lugar, também pertenceria o delito ao autor mediato que se valesse de terceiro (instrumento) sobre quem exercesse total

base na ideia da previsibilidade, e também as que remetem à ideia de risco permitido. “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal” (MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal cit., p. 17).

²⁵⁵ O “segundo nível” da imputação objetiva compreenderia outros critérios distintos da ideia de risco, como a intervenção da vítima e de terceiros e a delimitação entre autoria e participação. Segundo Mir Puig: *“La idea que subyace a todos los criterios situables en este segundo nivel es la de distribución de la imputación entre sujetos mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad. La cuestión ya no es aquí se el sujeto creó con su conducta un riesgo realizado en el resultado, sino cuál o cuáles de entre los distintos sujetos que se hallan en dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y/o en qué medida”* (idem, ibidem).

²⁵⁶ Idem, p. 17-18. Traduzido livremente para o português.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 118.

²⁵⁸ Idem, p. 121.

controle. Nesta hipótese, segundo Mir Puig, o autor mediato é o único sujeito a quem é possível imputar o delito como próprio, porquanto o instrumento não pode ser feito responsável pela conduta absolutamente dominada pelo sujeito de trás.

Por fim, também aos coautores, Mir Puig admite a relação de pertinência, entendendo como tais aqueles indivíduos entre os quais se distribuem partes essenciais do plano global de execução do delito (excluídos, portanto, os atos preparatórios).²⁵⁹

A ideia do protagonismo e o critério da pertinência possibilitam a incorporação de critérios diversos pelos quais se conclua ser alguém o sujeito principal da realização do injusto, como o próprio controle naturalístico ou material do delito, mas não apenas.

Nos delitos especiais, a autoria apenas poderá ser imputada aos indivíduos que reúnam as características pessoais requeridas pelo tipo, o que seria condição necessária, mas não suficiente para a afirmação do mencionado protagonismo.

Como um dos adeptos da teoria desenvolvida por Mir Puig, Víctor Gómez Martín sustenta que ela oferece um critério coerente que permitiria bem solucionar os já mencionados casos-limite sobre os quais se debruçará no capítulo quinto deste trabalho.²⁶⁰

Segundo Gómez Martín, enquanto a difundida noção de “domínio” traduziria uma ideia de controle fático ou naturalístico sobre o delito, a de pertinência conferiria a tal controle um sentido social ou normativo, permitindo a atribuição ao autor não do “fato”, fenômeno empírico, mas do “delito”, fenômeno normativo.²⁶¹

Uma análise crítica da proposta de Mir Puig deixa claro que o desenvolvimento de sua teoria da pertinência do delito visa a superar a aplicabilidade restrita do critério do domínio do fato,²⁶² oferecendo

²⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 374.

²⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 380.

²⁶¹ Idem, p. 388.

²⁶² Vale lembrar que algumas concepções da teoria do domínio do fato ainda apegadas a sua origem finalista se esforçaram em ampliar mencionado critério para casos não contemplados pelo modelo original. É o caso de Gonzalo Rodríguez Mourullo que, nas palavras de Mario Maraver Gómez, “sustituye ‘el dominio doloso del hecho’ por el ‘dominio consciente del hecho’; es decir, no renuncia al criterio del dominio del hecho, sino que lo reformula con objeto de poder aplicarlo en el ámbito del delito imprudente” (MARAVÉZ GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 628).

uma tipologia para a autoria com verdadeiras pretensões de generalidade.²⁶³

A principal objeção que se faz ao critério da pertinência é que, novamente, se trata de conceito puramente formal, a ser concretizado pelo recurso a critérios materiais que não são uniformes. Ainda, o critério pouco se distinguiria da própria teoria da imputação objetiva, ficando absorvido por ela e tornando-a, conforme a tendência atual, uma espécie de teoria geral do tipo.²⁶⁴

Em suma, parece que a pertinência do delito não deixa de ser uma “etiqueta” a ser conferida ao indivíduo que, por razões materiais que dependem de uma série de questões naturalísticas e normativas – dentre as quais o próprio tipo de delito de que se trate – se entenda, deva responder a título de autor. Desse modo, poder-se-ia, contra ela, objetar no mesmo sentido, como o fez o próprio Gómez Martín ao analisar as propostas normativistas do conceito de domínio do fato, com a única ressalva de que, para aquele autor, o termo “domínio” não poderia suportar um conteúdo material de caráter normativo, óbice que não se verificaria para a noção de pertinência.

De um modo ou de outro, no atual estado da evolução do conceito de autoria (e participação) delitiva, resta claro ser impraticável o estabelecimento de um critério material único e comum para todas as hipóteses de concurso de pessoas.

Não parece haver muita alternativa, pois, à adoção de um conceito formal aberto que, de um lado, dê alguma pista sobre o que se deva entender por autoria – e, consequentemente, por participação – e, de outro, confira ao aplicador do direito uma boa margem de operacionalização do conceito em face das situações concretas que, por distintos motivos, demandem a consideração de elementos empíricos

²⁶³ Conforme o autor, “*en Alemania los defensores de la teoría del dominio del hecho excluyen a los delitos imprudentes y limitan a los delitos dolosos el ámbito de aplicación de la misma y, con ella del concepto restrictivo de autor. Ello se explica por el sentido originariamente subjetivo de la teoría, vinculado a la idea de finalidad. (...) La doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base, dos conceptos distintos de autor: en los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor*” (MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 374-375).

²⁶⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 398-400.

e normativos que não poderiam ser marginalizados.

Esse critério geral pode ser o domínio do fato e/ou sua correspondente “infração de dever”, mas também pode ser a ideia da pertinência do delito, se houver algum motivo para entender não ser nenhum daqueles dois critérios apto a, isoladamente, bem resolver a problemática de que se ocupa este estudo, a qual será trabalhada com mais detalhe a partir do seguinte capítulo.

CAPÍTULO 3

OS DELITOS ESPECIAIS: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

3.1. Delimitação conceitual

3.1.1. Delito especial *versus* delito comum

A doutrina tem o costume de definir o delito especial em contraposição ao delito comum, valendo-se da regra para explicar a exceção. Assim, é corrente encontrar nos manuais de Direito Penal nacionais e internacionais, e também em algumas obras mais pontuais, que a distinção entre figuras delitivas comuns e especiais obedeceria a uma classificação dos tipos penais segundo sua sujeição ativa.²⁶⁵ Os delitos comuns seriam aqueles comissíveis por qualquer pessoa, enquanto que os delitos especiais se caracterizariam por restringir a categoria do sujeito ativo a uma classe determinada de indivíduos.

Os delitos comuns, portanto, constituiriam a grande maioria dos ilícitos penais conhecidos, de cuja fórmula legal genérica se deduz, poderem ser praticados por qualquer pessoa natural.²⁶⁶⁻²⁶⁷

²⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 231; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 357.

²⁶⁶ Tendo em vista o princípio geral *societas delinquere non potest*, que veda a responsabilidade penal da pessoa jurídica, exceção feita, no Brasil, à disciplina dos delitos meio ambientais da Lei federal 9.605/98.

²⁶⁷ “La mayor parte de los tipos penales se configuran sin más exigencias respecto al sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana. Estaríamos así en presencia de un sujeto activo genérico e indiscriminado y, por tanto, la realización del tipo podría ser llevada a término por cualquiera (...). Estos tipos se suelen denominar comunes”

Na Alemanha e em países de origem hispânica, o legislador tem por hábito descrever as condutas típicas dos delitos comuns associando ao verbo nuclear as expressões “quem” ou “aquele que” para designar o sujeito ativo indeterminado.²⁶⁸

Diversa é a técnica legislativa brasileira, que costuma valer-se diretamente do verbo típico, em sua forma infinitiva, na construção das proposições normativas de caráter penal. Assim, dentre tantos, o dispositivo do art. 138 do Código Penal, que tipifica o crime de calúnia, *in verbis*: “*Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. Pena – detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa*”.

Por tratar-se de regra geral na legislação brasileira, pouca razão há na exaustiva enumeração de figuras delitivas que obedeceriam a essa estrutura. A título meramente ilustrativo, contudo, poder-se-iam apontar como comuns, além dos crimes contra a honra (art. 138 a 140 do CP), os delitos de homicídio (art. 121, *caput* e parágrafos, do CP), roubo (art. 157, *caput* e parágrafos, do CP), dano (art. 163 do CP), receptação (art. 180 do CP) e uso de documento falso (art. 304 do CP), os quais não impõem nenhuma espécie de restrição à categoria do sujeito ativo.

Os delitos especiais, ao contrário, seriam aqueles cujos moldes típicos teriam sido desenhados pelo legislador a fim de limitar o círculo de sujeitos ativos a um grupo determinado de pessoas, conforme qualidades especiais descritas ou pressupostas na fórmula legal, como a condição de pai ou mãe, de funcionário ou agente público, de autoridade, advogado, médico, sócio, gestor de instituição financeira, entre outras.²⁶⁹

(COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 355).

²⁶⁸ Assim, por exemplo, no Código Penal Espanhol, a previsão do delito de homicídio: “Art. 138. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”; e de rixa: “Art. 154. Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”. No Código Penal Argentino, o crime de lesões corporais: “Art. 89: Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”.

²⁶⁹ Na definição de Gonzalo Quintero Olivares, estaríamos diante de um delito especial “siempre que una condición personal, sea física o sea jurídica, venga exigida por el sentido del tipo” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría*

Assim, além dos delitos de funcionário contra a Administração Pública (Título XI, Capítulo I, do CP) e dos delitos militares (Decreto-lei 1.001/69), são também exemplos de delitos especiais previstos pela legislação brasileira o abandono material e intelectual (arts. 244 e 246 do CP), os delitos societários (art. 177 e seguintes do CP), a omissão de notificação de doença (art. 269 do CP) e a sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356 do CP).

São igualmente especiais quase todos os delitos previstos pela Lei federal 7.492/86, que disciplina os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, os crimes de responsabilidade de agentes políticos (Lei federal 1.079/50 e Decreto-lei 201/67), os de abuso de autoridade (Lei federal 4.898/65), os delitos de improbidade administrativa (Lei federal 8.429/92), os de concorrência desleal (art. 195 da Lei federal 9.279/96) e o de quebra ilegal de sigilo bancário, na modalidade divulgação (art. 11 da Lei Complementar 105/01).

Em todos esses ilícitos penais referidos, o legislador teria reduzido a abrangência da categoria do sujeito ativo, dela excluindo todos aqueles indivíduos que não possuísem as qualidades exigidas pela letra ou pelo sentido do tipo. Assim, o não militar, nos crimes militares; o não funcionário, nos crimes funcionais; o não gestor, nos crimes societários; o não concorrente, nos crimes de concorrência desleal. Assim por diante.

Dessa limitação típica extrair-se-ia a conclusão de que tais figuras delitivas apenas poderiam ser cometidas por aqueles indivíduos que reunissem as características exigidas pelo tipo penal (os *intranei*), estando as demais pessoas (os *extranei*) legalmente impossibilitadas de praticá-las.

A despeito de o referido conceito de delito especial ser amplamente aceito na doutrina, detecta-se desde já uma falha em sua construção, a qual consiste justamente na impropriedade ou imprecisão do emprego da noção de “sujeito ativo” para se referir ao objeto da limitação que constitui a nota característica dessa classe delitiva.

Isso porque - é o entendimento aqui sustentado - o objeto de restrição do delito especial não abrange a totalidade da categoria do sujeito ativo, mas atinge apenas o círculo de possíveis autores da

conduta descrita no tipo.

Embora seja comum verificar na doutrina o emprego indistinto das expressões “autor” e “sujeito ativo”,²⁷⁰ elas não se confundem, coincidindo apenas circunstancialmente nos casos em que o delito é integralmente praticado por um único indivíduo (autor único individual).

Assim, pois, como bem ensinam Carlos Martínez-Buján Perez e Elena María Górriz Royo, os conceitos de “sujeito ativo” e de “autor” pertencem a dois planos jurídicos distintos, de modo a não poderem ser equiparados.²⁷¹

A categoria do “sujeito ativo” alude ao sujeito abstrato que integra a proposição normativa e, portanto, diz respeito ao âmbito da formulação típica. Diverso é o sentido do termo “autor”, que se refere ao plano da realização do sentido da conduta típica²⁷² e, conforme se esboçará mais adiante, possui caráter adscritivo.

Como a esse indivíduo indeterminado da proposição normativa se lhe atribui a prática da totalidade da conduta típica, apenas é possível o identificar com a figura do autor na hipótese de ser esse o único interveniente a quem se atribua o delito.²⁷³ De novo, o caso do autor único individual.

Ao contrário, se estivermos ante a comissão de um delito em concurso de agentes, a categoria do sujeito ativo não mais se identificará com a figura do autor, mas referir-se-á a todo indivíduo que

²⁷⁰ Sheila Jorge Selim de Sales já detectara o emprego das tais expressões, pela doutrina, como se sinônimas fossem (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 21). Assim, por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 475; e PRADO, Luiz Regis. Op. cit., v. 1, p. 417, o qual afirma: “*Sujeito ativo, autor ou agente, é todo aquele que realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos*”.

²⁷¹ Essa necessária distinção também se dá entre as noções de vítima e sujeito passivo, conforme explica Renato de Mello Jorge Silveira. No caso, o conceito de vítima é mais amplo que o de sujeito passivo, alcançando todos aqueles que sofrem um dano notável como consequência da infração penal (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 237, nota 84).

²⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 302; e GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 76-77. Em sentido algo semelhante, SALES, Sheila Jorge Selim de. Op. cit., p. 22-24.

²⁷³ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 78.

concorra para a prática delitiva e a quem essa se lhe possa imputar,²⁷⁴ independentemente do tipo de contribuição: se principal, autoria (ou coautoria); se acessória, participação.

Daí que ambas as modalidades de intervenção delitiva - autoria e participação - constituem formas de sujeição ativa.²⁷⁵ Contudo, segundo o ponto de vista aqui defendido, não sofre, a participação, a mesma restrição que os delitos especiais impõem à autoria, exatamente por consubstanciar injusto, ainda que acessório, distinto do principal (item 2.2.2.2).²⁷⁶

Quer-se dizer, com isso, que o objeto de limitação do delito especial se cinge à categoria da autoria e não a toda forma de sujeição ativa,²⁷⁷ tendo em vista que, na hipótese de concurso de agentes, o *extraneus* jamais poderá responder a título de autor. Não há, entre-

²⁷⁴ “*Comprendemos dentro de la teoría del autor el estudio del sujeto activo del delito en cuanto persona capaz de acción y de responsabilidad penal, es decir, como posible sujeto de derecho*” (FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Abelleto-Perrot, 1966. t. III, p. 123).

²⁷⁵ Conforme também sustenta Carolina Bolea Bardon, segundo quem a responsabilidade criminal não pode ser reduzida à responsabilidade a título de autor (BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 148).

²⁷⁶ Apesar de majoritária, essa não é opinião compartilhada por toda doutrina, pois deriva da também não unânime compreensão de que o fundamento da participação em sentido estrito reside no favorecimento da injusta lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido pela norma que tipifica a conduta do autor (único). Configura, assim, um injusto próprio, mas dependente do injusto principal. Na opinião divergente de Ricardo Robles Planas, o fundamento da participação é o mesmo da autoria e não haveria diferença qualitativa, mas apenas quantitativa entre as duas formas de intervenção delitiva. Segundo o autor, a norma que tipifica o delito especial não descreve apenas a conduta do autor, mas de qualquer interveniente (ainda que se valha da fórmula do autor único individual, pura técnica legislativa, na visão de Robles), o que o leva a entender que para aqueles tipos penais que considera os “legítimos” delitos especiais (delitos especiais de dever), resulta impune não apenas a autoria, mas também a participação do *extraneus* (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales* cit., p. 20-21 e 135 e ss.).

²⁷⁷ Daí a relação entre os distintos, mas vinculados, conceitos de “autor” e de “sujeito ativo”, para Elena Maria Górriz Royo, segundo a qual: “*La admisión de esas notas distintivas que configuran al sujeto activo y al autor como dos momentos ineludibles en el análisis de la relevancia de la conducta pero conceptualmente distintos no implica, sin embargo, que se trate de figuras desconectadas. Al contrario, su relación viene dada por el hecho de que el sujeto activo, como elemento de la formulación típica, circunscribe el ámbito de los posibles autores. (...) ese entendimiento despliega el efecto práctico de excluir a la determinación de autores de una determinada figura de delito a quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto de la formulación legal*” (GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 78).

tanto, aparente impedimento na punição de sua intervenção como participação em sentido estrito.²⁷⁸

Tal entendimento nada mais é que consequência da adoção de um conceito restritivo de autor, a partir do qual a punibilidade da participação em sentido estrito depende de uma norma de caráter geral, extensiva do sentido daquela que tipifica a conduta do autor.

É dizer: se, por um lado, a imputação de responsabilidade a título de autoria depende da identificação da conduta praticada com o sentido do tipo penal (por meio de qualquer dos critérios materiais que se julgue revelador desse sentido), por outro, a responsabilização por participação deriva da aplicação de outra norma, segundo a qual o comportamento do coausante merece a reprovação penal, ainda que não derive direta e exclusivamente do sentido do tipo.

Assim, mereceria ser, em parte, reparado o pensamento expresso por Esther de Figueiredo Ferraz, no que diz respeito ao emprego do termo “coautores”, o qual só pode ser entendido no sentido naturalístico de “coausantes” ou, então, no sentido jurídico de “partícipes”, no trecho seguinte de sua respeitável tese de livre-docência: *“Originariamente, com efeito, só pode figurar como sujeito ativo de um delito próprio quem satisfaça determinados requisitos (de ordem natural ou jurídica) especificados em lei. Só esse é ‘qualificado’ para a prática do ato típico, característico da infração. Entretanto, em razão da natureza extensiva ou ampliativa que possuem, conseguem tais normas emprestar relevo jurídico-penal às atividades desenvolvidas por terceiros não-qualificados, fazendo com que estes se enquadrem na categoria de co-autores”*.²⁷⁹

Decorre também da distinção conceitual entre autoria e sujeição ativa o entendimento segundo o qual a norma que tipifica o delito especial é dirigida não apenas ao sujeito qualificado, mas a todos os cidadãos - *intranei* e *extranei* - pois qualquer pessoa encontra-se

²⁷⁸ Essa também a opinião de Víctor Gómez Martín, que destaca que, no que toca à definição dos delitos especiais, a diferenciação conceitual entre “autor” e “sujeito ativo” não é capricho formalista, mas tem importantes consequências no plano material, pois pode determinar a punibilidade ou a impunidade (contra a qual advoga) do partícipe *extraneus* (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 19). A isso, voltar-se-á no capítulo quinto, item 5.2.1.

²⁷⁹ FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 136-137.

em posição de desrespeitá-la, ainda que apenas os *intranei* possam descumpri-la na condição de autores.²⁸⁰

Não é de se confundir, portanto, a existência de um vínculo diferenciado entre sujeito qualificado (*intraneus*) e a norma que tipifica o delito especial ou o bem jurídico por ela tutelado – vínculo esse que justifica a restrição dos possíveis autores – com uma limitação genérica aos destinatários da imperatividade normativa.²⁸¹

Essa é uma conclusão importante, à qual forçosamente se voltará quando do estudo do fundamento material dos delitos especiais (capítulo quarto), já que traz inegáveis consequências para algumas das posições doutrinárias adiante apresentadas.²⁸²

Em resumo, tem-se por conceito de delito especial todo ilícito penal cujo tipo descreva uma conduta comissível a título de autoria apenas por um grupo limitado de indivíduos (os *intranei*), em razão de possuírem alguma qualidade ou condição especial exigida pela lei.²⁸³

Pode-se, portanto, afirmar que os delitos especiais consistem em tipos delitivos com restrição em sede de autoria.

Trata-se de conceito que Víctor Gómez Martín classifica como simples ou amplo, pois se limita a descrever os elementos distintivos

²⁸⁰ Ressalva igualmente feita por Ferré Olivé (op. cit., p. 1017) e por Gonzalo Quintero Olivares, que destaca que a ideia da limitação da esfera de destinatários da norma remete ao pensamento de Karl Binding e leva à conclusão de que não existiria subordinação dos *extranei* à norma especial, sendo a consequência disso a impunidade com relação a qualquer conduta possivelmente lesiva ao bem jurídico protegido (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*: parte general cit., p. 636-637).

²⁸¹ Confusão que se verifica na afirmação de Silvina Bacigalupo, segundo quem: “*En el Derecho penal se encuentran numerosos hechos punibles en los que el tipo penal está formulado de tal manera que no cualquiera es el destinatario de la norma; por tanto, conductas de las que no puede ser autor cualquier sujeto*” (BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 36). Equívoco corretamente advertido por BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 95.

²⁸² Tampouco se trata de entendimento pacífico na doutrina, conforme veremos quando da análise de algumas posturas favoráveis à ideia dos delitos especiais como delitos de infração de dever, para a qual a norma que tipifica tais ilícitos penais teria por fundamento o descumprimento de um mandato não genérico, mas dirigido especificamente aos *intranei*. Nesse sentido, SUÁREZ GONZÁLES, Carlos. Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios. SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001.

²⁸³ Conforme GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 11; e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 1014.

da figura em análise, sem se dedicar a explicar em que consiste seu fundamento material, é dizer, o porquê da especial normatização.²⁸⁴

Para aludido autor, é dispensável a menção ao fundamento material dos delitos especiais em sua conceituação, tendo em vista que o conceito ou a definição de uma figura nada mais é - ou deve ser - que a descrição de suas características e qualidades essenciais, em seu entender, perfeitamente abarcadas pela alusão ao elemento comum a todos os delitos especiais, qual seja, a restrição ao círculo de autores.²⁸⁵

Existem importantes vozes dissonantes na doutrina, como a de Claus Roxin, para quem os delitos especiais não se caracterizam apenas pela restrição da autoria a um círculo de sujeitos, mas, primordialmente, porque mencionada limitação se vincula a um fundamento determinado.²⁸⁶

A incorporação à descrição da figura delitiva, de seu fundamento material dá origem ao conceito complexo de delito especial que, conforme veremos adiante, é empregado pelos doutrinadores que entendem existir um fundamento comum a todos os delitos que integrariam esta classe. Por tal motivo, esses doutrinadores trazem esse mesmo fundamento para o interior da definição da figura.

A despeito da crescente adesão de autores a um conceito complexo de delito especial,²⁸⁷ em sua maioria, a doutrina segue preferindo o conceito simples, do qual são partidários, entre outros, Gimbernat

²⁸⁴ O autor em questão também é partidário de tal conceituação ampla do delito especial e justifica sua posição referindo que a inclusão do fundamento material dessa classe de delitos em sua própria definição apenas se justificaria ante a existência de um único e comum fundamento a todos os ilícitos penais dessa categoria, adiantando não ser esse o seu entendimento (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 55).

²⁸⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 27.

²⁸⁶ Para Claus Roxin, esse fundamento residiria na infração de um dever de natureza extra-penal, pelo *intraneus*, daí porque também defende o emprego da nomenclatura “delitos de infração de um dever” em lugar de “delitos especiais” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 338).

²⁸⁷ Em sua maioria adeptos da ideia de infração de dever, originariamente concebida por ROXIN, Claus. Op. cit., p. 385 e ss.

Ordeig,²⁸⁸ Hernández Plascencia²⁸⁹ e Martínez-Buján.²⁹⁰⁻²⁹¹

No âmbito deste trabalho, resulta conveniente partir também de um conceito amplo de delito especial, o que ora se faz mais por questão lógica do que propriamente ideológica, tendo em vista que o fundamento material de mencionada categoria delitiva – que integraria o conceito complexo – será objeto de estudo no capítulo seguinte e, dadas as dificuldades que envolvem o tema, aqui não cabe adiantar qualquer conclusão a respeito de sua natureza.

De todo modo, ainda que se valha de um conceito simples ou amplo, segundo o qual é especial todo o delito que apresente restrição em sede de autoria baseada em determinadas qualidades pessoais exigidas pelo sentido do tipo, cumpre evidenciar em que devem consistir tais qualidades, sob pena de criar-se um conceito tão elástico quanto inoperante.²⁹²

Afinal, de uma forma ou de outra, pode-se afirmar que todo tipo de delito traz em seu cerne alguma espécie de limitação ao rol de possíveis autores. Assim, nos crimes contra o patrimônio, apenas pode ser autor o não proprietário. Na violação de correspondência, aquele que não seja o destinatário da carta. No induzimento ao suicídio, o não suicida.

Em todos os delitos, sejam comuns ou especiais, ao menos o sujeito passivo não poderá integrar o elenco de potenciais autores, o que implica, naturalmente, a redução do âmbito da autoria. Daí porque seja necessário precisar as notas características da restrição que é peculiar à classe dos delitos especiais.

Segundo Gonzalo Quintero Olivares, os elementos limitadores da autoria nesses delitos devem, de um lado, estar vinculados a uma

²⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 200.

²⁸⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996. p. 303-304.

²⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit., p. 307.

²⁹¹ Na doutrina nacional, o emprego do conceito simples também constitui regra absoluta. Vide, por exemplo, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2006, p. 112; e BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 214-215.

²⁹² Essa advertência é feita por Gonzalo Quintero Olivares, para quem a limitação da autoria pode referir-se a um grupo bastante restrito ou infinitamente amplo de pessoas e, ainda assim, tratar-se de uma limitação do círculo de autores possíveis (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 17).

realidade ao mesmo tempo absoluta e preexistente e, de outro, a qualidades pessoais do indivíduo – naturais (ser homem ou mulher) ou jurídicas (ser funcionário público, militar, pai, mãe, casado...) – não a condições que lhe sejam externas.

Assim, limitações meramente circunstanciais e exteriores à pessoa não poderiam ser consideradas caracterizadoras dos delitos especiais. O citado autor dá o exemplo de “estar preso”, condição para que se dê o delito de motim.²⁹³,²⁹⁴ O mesmo pode ser dito a respeito do crime de apropriação indébita, que exige do autor esteja na posse ou detenção do objeto do delito.

Em ambos os casos, trata-se de restrições de ordem meramente factual e que, por isso, não advêm de uma condição pessoal passível de ser reconduzida à classificação adiante adotada, segundo a qual as características que ensejam a restrição típica dos delitos especiais ou são naturais e, portanto, ínsitas à pessoa ou são jurídicas e, assim, resultado de uma incidência normativa determinada.

A razão para distinguir entre as limitações no campo da autoria que ensejam tipos penais especiais e aquelas outras que não o fazem nos conduz a um dos objetos principais deste estudo: o fundamento material dos delitos especiais. Ou, melhor dizendo, o sentido jurídico da limitação do rol de possíveis autores que se opera nesses delitos.

E é assim pelo simples motivo de que tal limitação não se dá à custa de empecilhos circunstanciais de índole material, mas – veremos no capítulo quarto – por uma relação diferenciada entre sujeito qualificado e bem jurídico tutelado.

Com relação à exigência de preexistência da condição pessoal, quer-se dizer ser necessário que, antes de realizar a conduta descrita no tipo penal, o indivíduo já se encontre apto a assumir eventual posição de autor, ou seja, que possa ser identificado, desde então, como sujeito qualificado. Do contrário, é dizer, da exigida qualificação sobrevir à prática do delito, sentido não há na afirmação de um especial vínculo com a norma que justifique a possibilidade restringida de responder em caráter de autor.

²⁹³ Previsto em nosso Código Penal no art. 354, *in verbis*: “Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou a disciplina da prisão”.

²⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 18.

Não se exige, por outro lado, a permanência da qualidade especial, que pode configurar situação transitória, desde que não seja externa ao agente. É o caso da testemunha, no delito especial de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), ou mesmo de delitos de responsabilidade de agentes políticos, cujo cargo público legitimador da condição de *intraneus* é ocupado por período legalmente delimitado.²⁹⁵

Finalmente, no que diz respeito ao conceito de delito especial, importa esclarecer que se trata de formulação de caráter doutrinal,²⁹⁶ utilizada no âmbito da teoria do delito, o que implica e justifica a existência de pluralidade de definições e mesmo de terminologias empregadas pelos diferentes autores para designar essa classe de delitos, assim como de divergências quanto aos tipos penais que a integrariam.

Mais um motivo para, ao menos por hora, valer-se de um conceito amplo - ainda que com alguns limites esboçados nas linhas que se seguem - que sirva ao leitor de ferramenta básica a partir da qual será possível discutir as distintas propostas doutrinárias relativas ao tema do concurso de pessoas, o que se fará no correr da presente investigação.

3.1.2. Delito especial *versus* delito próprio

É comum encontrar na literatura jurídico-penal brasileira o emprego da nomenclatura “delitos próprios” para designar a classe de figuras delitivas integrada pelos delitos militares, funcionais, societários, entre outros, que apresentam restrição do círculo de possíveis autores.

Valem-se da terminologia, por exemplo, Esther de Figueiredo Ferraz,²⁹⁷ Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,²⁹⁸ Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Jr.²⁹⁹

²⁹⁵ Idem, *ibidem*.

²⁹⁶ Assim, também, GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 16.

²⁹⁷ FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 99.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1995. v. 4, p. 675-677.

²⁹⁹ COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 26.

A origem da expressão remonta ao Direito Romano, no qual, pela primeira vez, se distinguiram os *delicta communia* dos *delicta propria*, classe de início formada exclusivamente pelos delitos militares.³⁰⁰

A nomenclatura difundiu-se pela doutrina e pela jurisprudência penais de tradição romano-germânica, acompanhando a expansão da classe dos delitos “próprios” para muito além dos ilícitos penais de carácter militar, incorporando crimes funcionais e, mais tarde, múltiplas figuras que integram o que se convencionou chamar “Moderno Direito Penal”, sob cuja nomenclatura se alude às mudanças político-criminais identificáveis com o período pós-industrial.³⁰¹

Mais recentemente é que autores alemães e espanhóis, principalmente, passaram a substituir a expressão latina – ou sua tradução para o respectivo idioma – para adotar a terminologia “delitos especiais”, opção que se justifica exclusivamente por questões de estética literária, como destaca Gonzalo Quintero Olivares.

Isso porque, conforme se verá mais adiante, partindo-se da doutrina alemã, é de costume, em particular na Espanha, e mesmo no Brasil, classificar os delitos próprios ou especiais em duas categorias distintas: a dos delitos propriamente “especiais” e a dos impropriamente “especiais”, de modo que a adoção deste último termo evita o emprego de expressões como “delitos propriamente próprios” ou “delitos impropriamente próprios”.³⁰²

Esse também é o exclusivo motivo que torna preferível, no âmbito deste trabalho, o emprego da expressão “delitos especiais” para designar essa classe de tipos penais cuja autoria é legalmente restrita a um grupo determinado de indivíduos, opção que se identifica desde as primeiras linhas do presente estudo.

³⁰⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 4-5.

³⁰¹ A respeito das transformações sociais que levaram ao surgimento dessa “nova” orientação político-criminal, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 11-82.

³⁰² “La locución ‘delito especial’ es la normal en la doctrina alemana, operándose posteriormente una distinción entre delitos especiales propios e impropios, que más tarde estudiaremos; es por ello por lo que preferimos elegir la palabra ‘especial’, o sea, para evitar tener que referirnos alguna vez a los ‘propios delitos propios’” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 15-16).

3.2. Distinção entre delitos especiais e figuras assemelhadas

3.2.1. Delito especial *versus* delito de mão própria

Pode-se afirmar, sem risco de incorrer em erro, que a figura afim aos delitos especiais com a qual são estes mais correntemente confundidos é a dos chamados “delitos de mão própria”.³⁰³

Aparentam ser quatro os principais motivos que levam a tal confusão: (i) a referida e bastante difundida utilização da nomenclatura “delitos próprios” para designar a classe dos delitos especiais; (ii) o fato de ambas as classes apresentarem restrições à categoria da autoria derivadas da suposta constatação de um vínculo diferenciado entre determinado sujeito e o tipo de delito; (iii) também, a existência de figuras típicas que integram ambas as classes delitivas (como, por exemplo, o delito de deserção e o antigo delito de estupro³⁰⁴); (iv) por fim, no que diz respeito mais especificamente à tradição jurídico-penal brasileira, o fato de tratar-se de classificações pouco exploradas pela doutrina, que raras vezes se dedicou a analisar mais detidamente as questões que suscitam para a temática do concurso de agentes.

Como visto, a classe dos delitos especiais reúne aqueles tipos penais que apresentam restrição em sede de autoria a determinados sujeitos (*intrañei*), possuidores de certas qualidades de natureza pessoal ou jurídica, expressas ou pressupostas no tipo.

Diferentemente, os delitos de mão própria integram a classe dos que, segundo doutrina dominante, somente podem ser cometidos a título de autoria por aquele sujeito que realize pessoalmente – mediante contato corporal – a conduta típica, não sendo admitida nenhuma forma de comissão delitiva indireta nem mesmo compartilhada.³⁰⁵

A autoria de mão própria opor-se-ia, então, à chamada “autoria

³⁰³ Digno de nota que, no Brasil, os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal hajam incidido em tal incorreção, em recente julgamento de *Habeas Corpus*, quando, tratando dos delitos especiais de peculato e concussão, afirmaram: “Os crimes descritos nos arts 312 e 316 do Código Penal são delitos de mão própria; só podem ser praticados por funcionário público” (HC n. 88.545-4/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 12.06.2007).

³⁰⁴ Na redação anterior à reforma empreendida pela Lei federal 12.015/09.

³⁰⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 36.

de mão alheia” ou autoria mediata,³⁰⁶ sendo certo que a execução dos delitos de mão própria não admitiria – novamente, segundo opinião majoritária – a instrumentalização de terceiros, haja vista a exigência de prática direta e pessoal.³⁰⁷

São tradicionalmente apontados como exemplos dessa categoria delitiva, os delitos sexuais (*delicta carnis*, v.g., art. 213 do CP), o falso testemunho (art. 342 do CP), o porte de arma de fogo (art. 14 da Lei federal 10.826/03) e a insubmissão (art. 183 do Decreto-lei 1.001/69), entre outros.

Entende-se, assim, que o autor de um delito de estupro deva necessariamente realizar corporalmente a conduta típica nuclear, consistente na manutenção de conjunção carnal ou na prática de outro ato libidinoso sem o consentimento da vítima. O mesmo dir-se-ia do desertor ou da testemunha que falseia a verdade em juízo, porquanto a execução de tais ilícitos penais traria em si determinada carga de desvalor, não transferível a quem indiretamente pudesse dominar a ação.³⁰⁸ Dessarte, pode-se perceber a importância da distinção, unilateralmente atrelada às próprias noções de autoria e participação. A levar-se em rigor tal distinção, faz-se necessária a dicotomia entre delitos especiais e delitos de mão própria.

“Crime de mão própria é aquele cuja conduta típica determina que a execução não possa ser repassada a terceiros, exigindo que o próprio indivíduo que cogitou, que idealizou e deseja ver o resultado da atividade criminosa realizada, execute ele mesmo o crime. Assim, o crime de mão própria não admite a autoria mediata”. É como afasta o Tribunal de Justiça de São Paulo a possibilidade de imputação de autoria mediata em caso de porte de arma de fogo (art. 14 da Lei federal 10.826/03).³⁰⁹

³⁰⁶ Conforme ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 340.

³⁰⁷ A exceção a essa regra geral é exposta pelo próprio Zaffaroni, que lembra existir um caso de autoria direta que, assim como ocorre com a autoria mediata, tampouco se admite como delito de mão própria: é aquela hipótese em que um indivíduo se vale de instrumento que não realiza conduta (ausência de ação humana), como quando, ao ser empurrado pelo autor (direto), o instrumento cai sobre terceiro, a quem causa lesões corporais (idem, ibidem).

³⁰⁸ *“Os crimes de mão própria não admitem co-autoria nem autoria mediata na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida”* (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 97).

³⁰⁹ ACR n. 1.105.475.3/5, 4ª Câmara Criminal, rel. Des. Elizabeth Bortoloto.

A despeito da existência de traços comuns entre as categorias delitivas em análise, ambas caracterizadas pela reunião de tipos de delito com restrição em sede de autoria, existem diferenças claras que dizem respeito tanto à origem ou justificativa para tal restrição quanto à sua extensão.

Nos delitos de mão própria, a limitação da autoria ao sujeito que realize pessoalmente a conduta típica é nada mais que consequência lógica que decorreria da própria situação fática normada, enquanto que, nos delitos especiais, a restrição aos *intranei* advém de uma decisão legislativa, expressa na forma da redação do tipo e, portanto, de caráter normativo.³¹⁰

As consequências para o plano da atribuição de responsabilidade penal também diferem, conforme se tratem de delitos especiais ou delitos de própria mão. Nestes últimos, identificar-se-ia obstáculo à imputação tão somente de autoria mediata ou coautoria. Em tese, no entanto, desde que corporalmente vinculada à execução típica, qualquer pessoa pode responder como autora de um delito desta categoria.

Não é o que deriva da estrutura dos delitos especiais. Nestes, existe uma clara e prévia limitação à autoria de indivíduos não contemplados pelo sentido do tipo penal. São os *extranei*. Estes estão impedidos de responder a título de autores, qualquer que seja a modalidade de domínio que exerçam: direto, indireto ou compartilhado, pois o legislador assim o estabelece.³¹¹ Restringe-se, portanto, toda forma de autoria. O *extraneus* apenas pode ser partícipe, independentemente de seu contato corporal com a realização típica.

Conforme já apontado, diversos são os tipos penais que podem ser reconduzidos a ambas as categorias delitivas, sendo, nessas hipóteses, dupla a exigência para imputação de autoria: execução pessoal

³¹⁰ “Delitos de propia mano vendrían así a ser aquellos en los que la propia naturaleza del acontecimiento externo descrito por la Ley restringe su posible realización a un círculo limitado de personas. (...) Los delitos especiales en sentido estricto vendrían constituidos por aquellas figuras para la realización de cuyo injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 357).

³¹¹ “En suma: en los delitos de propia mano, la restricción de la autoría se referiría a sus clases; mientras que en los delitos especiales aquella restricción afectaría al autor mismo (‘intraneus’)” (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 61).

da conduta típica, por um *intraneus*. Exemplos dessas figuras são a violência contra superior (art. 157 do CPM) e a recusa de obediência (art. 163 do CPM), necessariamente perpetradas direta e pessoalmente por militar, e o antigo tipo penal de estupro que, anteriormente à alteração legislativa promovida pela Lei federal 12.015/09, exigia fosse o autor necessariamente do sexo masculino, além de que realizasse pessoalmente a conduta de conjunção carnal.

Embora não seja objeto deste estudo, razão pela qual não se deterá nesta análise além do necessário para situar o debate, é crescente o descontentamento de parcela da doutrina com a figura dos delitos de mão própria, sendo cada vez mais frequentes os questionamentos em torno de seu fundamento e até mesmo de seu sentido como construção dogmática.

Com relação ao fundamento, contesta-se a base moral à qual está originariamente atrelado, o que se deduz sem esforços das lições de Hans Welzel, para quem *“há delitos em que o injusto decisivo não é a produção finalisticamente dirigida de um resultado, mas a realização corporal de um ato reprovável como tal. O ato é, em si mesmo, ético-socialmente impuro ou reprovável”*.³¹²

A ideia da impureza ínsita à conduta do executor de certos delitos é inegável ranço de uma questionável vinculação entre os campos do Direito e da Moral, por meio da qual se legitima uma atuação paternalista do Estado-juiz, mais voltada à proteção dos indivíduos de suas próprias “perversões” que à tutela dos bens jurídicos afetados.³¹³

A proteção de bens jurídicos coloca-se, a propósito, como uma segunda e forte crítica dos opositores à ideia dos delitos de mão própria, para os quais sentido não há na limitação daquela tutela aos ataques diretos, quando inexistente impedimento factual a uma agressão mediata. Ao contrário do que se costuma defender, na visão desses autores, não haveria impedimento técnico à aceitação da construção da autoria mediata como forma de imputação de responsabilidade a

³¹² WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. esp. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 112. Trecho traduzido livremente para o português.

³¹³ Sobre o exercício desse paternalismo penal no campo dos costumes, em especial aplicável aos delitos contra a liberdade e a autodeterminação sexuais: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* cit., p. 147.

partir de uma ideia de domínio, também nesses delitos.³¹⁴

À diferença do que - veremos - ocorre com os delitos especiais, o fundamento da restrição à autoria nos delitos de mão própria, assim como sua importância e função como estrutura dogmática não chegam a convencer.³¹⁵ Decorrem, basicamente, da identificação de um concreto vínculo - sem sustentável repercussão jurídica - entre executor e conduta típica, que caracteriza alguns delitos, e daí se segue uma generalização a partir da qual se acaba por afirmar uma regra para imputação de responsabilidade penal que, no limite, recupera para esses delitos um conceito objetivo-formal de autor,³¹⁶ refutado no âmbito deste trabalho.

3.2.2. Delito especial versus delito omissivo

Menos óbvia é a aproximação entre as figuras do delito especial e do delito de omissão imprópria ou comissão por omissão, é dizer, aquele que associa um resultado proibido a um não fazer, responsável não por sua causação, em termos naturalísticos, mas por sua não evitação.³¹⁷ A existência de elementos comuns ou de “*pontos de coincidência conceitual*”³¹⁸ é, no entanto, de relevância tal que há opiniões doutrinárias no sentido de reclamar ao delito omissivo a própria natureza de especial.

Quando se fala em delitos omissivos, remete-se àquelas hipóteses em que um não atuar (a omissão de um determinado comportamento ativo) é reputado pelo ordenamento jurídico como infração de um dever positivo.³¹⁹ Significa dizer que, na situação prevista pela norma, recai sobre o omitente a obrigação de conduzir-se de maneira tal, que, inobservada, gere sua responsabilização jurídico-penal.

³¹⁴ Por todos, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. cit., p. 287-288.

³¹⁵ Idem, p. 283.

³¹⁶ Idem, p. 287-288. Também, BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 96.

³¹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 312. O autor prefere a nomenclatura “comissão por omissão” à “omissão imprópria”, tendo em vista a existência de autores que utilizam esta última para designar as hipóteses em que a omissão punível não se encontra expressamente prevista pela lei, mas entende-se decorrente do sentido delitivo.

³¹⁸ Nos dizeres de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 20.

³¹⁹ Nos delitos de comissão por omissão, a infração desse dever positivo deve, necessariamente, produzir o resultado previsto pelo tipo penal correspondente.

Para que se possa falar em infração de dever positivo, necessário exista um sujeito determinado a quem se vincule o dever em questão. Daí porque se possa dizer sejam os delitos omissivos também ilícitos penais com restrição em sede de autoria. Afinal, só é possível imputar responsabilidade a tal título ao indivíduo que, submetido a determinado dever de atuar, deixe de atendê-lo.

Significa dizer que nem toda omissão é considerada relevante do ponto de vista jurídico-penal, mas apenas aquela que parte do sujeito que, pela norma penal, está em especial posição de evitar o resultado desvalorado (posição de garantidor).³²⁰⁻³²¹

Na comissão por omissão, um resultado normalmente produzido por meio de uma conduta ativa (v.g., *morte*) é vinculado à ausência de atuação positiva daquele que tinha o dever de assegurar a indenidade do bem jurídico (o “garantidor” ou “garante”).

Assim, os clássicos exemplos do genitor que deixa de alimentar o filho recém-nascido e do professor de natação que, podendo fazê-lo, não impede o afogamento de criança que se encontra sob seus cuidados. Terceiros não sujeitos a tal dever de proteção do bem jurídico, não poderiam responder, a título de autoria, pelo delito de homicídio em comissão por omissão, no máximo por eventual omissão de dever de socorro (delito omissivo próprio), fundada num dever genérico de solidariedade (art. 135 do Código Penal).³²²

A restrição da autoria a determinados indivíduos leva parte da doutrina a classificar como especiais os delitos de omissão imprópria, já dissemos.³²³ Consideram, assim, suficiente, a similitude entre ambas as estruturas, para afirmar sejam os delitos de comissão por omissão espécie de subclasse dos delitos especiais, definidos estes da forma mais ampla.

³²⁰ É essa exigência quanto à posição de garantidor da indenidade do bem jurídico que caracteriza o delito de comissão por omissão como restritivo do círculo de autores possíveis, conforme GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 39.

³²¹ Vide QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal*: parte general cit., p. 641 e *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 20. Também DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, t. I, p. 679.

³²² A regra não valeria para a responsabilização penal a título de participação em sentido estrito.

³²³ Assim, GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 39; e BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 35.

Adere a esse posicionamento o próprio Víctor Gómez Martín, para quem são especiais todos os ilícitos penais em que se possa verificar a restrição do círculo de autores possíveis, justificável desde o ponto de vista da proteção do bem jurídico em jogo.³²⁴

Embora pareça, nesses termos, defensável, a postura acima exposta, é preferível considerar que, ainda que a categoria da autoria se restrinja tanto nos delitos omissivos impróprios quanto nos delitos especiais, não se deve admitir a reunião de uma sob a outra. Está-se a tratar de coisas distintas. De classificações que operam em esferas absolutamente diversas.

De um lado, o delito omissivo, oponível ao delito ativo. De outro, o delito especial, em contraposição ao comum. Na primeira classificação, o que está em jogo é a forma de comissão típica, é dizer: o modo como se vinculam conduta e resultado delitivo, seja naturalística, seja normativamente. Modernamente, verifica-se a tendência em desconsiderar o comportamento ativo ou passivo como determinante de tal distinção para valorizar a estrutura típica e seu significado, eis que nem sempre um comportamento omissivo implica passividade, pois o que importa é tão somente a não realização de uma conduta benéfica para o bem jurídico (infração a uma norma preceptiva, e não proibitiva).³²⁵

“A omissão é pois, ao lado da ação, uma das formas específicas de realização típica”. É a lição de Jorge de Figueiredo Dias.³²⁶

No que concerne à distinção entre delitos comuns e especiais, esta nada diz a respeito da forma de realização do sentido delitivo, que continua podendo ser ativa ou omissiva tanto nos crimes comuns quanto nos especiais. A classificação, aqui, centra-se exclusivamente na restrição ou não da autoria delitiva em razão de exigências típicas vinculadas a determinadas qualidades físicas ou jurídicas do sujeito ativo.³²⁷

³²⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 60. Entre nós, Heleno Cláudio Fragoso entende ser o delito omissivo impróprio integrante da categoria dos delitos especiais. Afirma o autor: *“São próprios os crimes comissivos por omissão, pois só podem ser praticados por quem se ache na posição de garantidor da não superveniência do resultado, pela ocorrência de um dever jurídico de impedi-lo”* (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 284).

³²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 308-309.

³²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 671.

³²⁷ *“Esto no impide que en los delitos de omisión puede establecerse, al igual que en los de*

Assim, pode-se perfeitamente falar em delito especial omissivo, sem risco de parecer redundante, por exemplo, ao classificar a conduta do diretor de sociedade anônima que não impede a prática do ilícito previsto no art. 177 do Código Penal.

Outrossim, ainda considerando a existência de uma restrição em sede de autoria nos delitos de comissão por omissão, bem ressalta Gonzalo Quintero Olivares não ser esse o único nem suficiente critério em que se baseia a imputação normativa. Ademais da posição de garantidor do bem jurídico em perigo, é preciso que o autor do delito omissivo impróprio encontre-se concretamente em condição de controlar a produção do resultado proibido.³²⁸

Tanto no exemplo do pai que deixa de alimentar o filho recém-nascido como no do professor de natação, nos encontramos diante de delitos comuns (homicídio) praticados em comissão por omissão. Poderia ser diversa a situação primeira, se a omissão punível adviesse da mãe e se fosse possível afirmar que tal comportamento fora decorrência do chamado estado puerperal. Nesse caso, ao menos no plano teórico, possível a imputação do delito de infanticídio, em caráter de omissão imprópria.³²⁹

Apenas no intuito de situar o debate doutrinário, ressalva-se brevemente a opinião particular de Günther Jakobs, que submete as clássicas distinções entre delitos ativos e omissivos e entre delitos comuns e especiais a uma única e abrangente classificação a partir da qual sustenta importante parte de sua teoria. Trata-se da distinção entre “delitos de responsabilidade por organização” e “delitos de responsabilidade por instituição”.

Segundo o autor, a única classificação verdadeiramente relevante do ponto de vista doutrinário separa, de um lado, os delitos que derivam da afetação, para além do risco permitido, da organização alheia por meio da ampliação da própria organização (de um *status* geral que compete a todo cidadão);³³⁰ e, de outro, os delitos que derivam

acción, la distinción entre comunes y especiales” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 641).

³²⁸ Idem, *ibidem*.

³²⁹ Especificamente sobre a figura do infanticídio e sua habitual caracterização como delito especial impróprio, voltaremos nos capítulos quarto e quinto para tecer algumas considerações de *lege lata* e de *lege ferenda*.

³³⁰ “*Ese status general es el status mínimo que es posible imaginar: su contenido consiste*

da infração de deveres vinculados a uma competência institucional assumida no contexto social (um *status* especial).

Para Jakobs, tanto num quanto noutro caso, a reação penal estaria associada à violação de um dever vinculado ao *status* (geral ou especial), dever esse que, nas duas situações, colocaria o indivíduo a ele submetido em posição de garantidor.³³¹ Daí porque esse não seria um traço diferenciador dos delitos omissivos, em relação aos ativos.

Com relação aos delitos especiais, Jakobs reúne todos sob a classe dos que geram responsabilidade por instituição, não importa se ativos ou omissivos. Em sentido inverso, todo delito de responsabilidade por organização pertenceria à classe dos comuns.³³²

A despeito da racionalidade do sistema proposto por Jakobs, alguns são os motivos pelos quais parece inconveniente sua adoção. Primeiramente, porque a diversa classificação delitiva implica a atribuição do caráter de especiais a delitos que tradicionalmente não são apontados pela doutrina como tais, como é o caso do citado exemplo do pai que deixa de alimentar o filho.³³³ Para Jakobs, existente o dever (positivo) de proteção do bem jurídico, o homicídio em questão, além de omissivo, seria também especial, com o que não se há de concordar.

Ainda, são indesejáveis algumas das consequências que derivam de seu sistema, principalmente no que diz respeito ao objeto deste estudo, a saber: os critérios de imputação de responsabilidade penal no âmbito dos delitos especiais. Consideram alguns autores que Jakobs vai longe demais.³³⁴ Neste ponto, não se poderia estar mais de acordo. Um estudo mais pormenorizado de sua doutrina e das críticas

en tener que respetar al otro en su derecho y en ser respetado por el otro en el propio derecho” (La competencia por organización en el delito omissivo. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal* cit., p. 348).

³³¹ Apenas no caso dos delitos de responsabilidade por organização, essa posição não configura nenhuma “especialidade”, pois atinge a todos os indivíduos, garantidores que são de que não excederão o risco permitido na ampliação de sua própria organização (idem, p. 350).

³³² “*Quem (por comissão ativa ou omissão) coopera numa omissão que se baseia em uma competência de organização, intervém num delito comum*” (idem, p. 362, trecho traduzido livremente para o português).

³³³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 40.

³³⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 368-369; e FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 216.

que a ela se faz, poderá ser encontrado no capítulo quarto, item 4.2.3.

3.2.3. Delito especial versus delito de infração de dever

É cada vez mais comum o emprego, principalmente pela doutrina, mas também pela jurisprudência estrangeira, da expressão “delitos de infração de dever” para designar a classe das figuras delitivas que restringem normativamente a categoria da autoria a determinados sujeitos.

Nesse sentido, em muitos casos, chegam a confundir-se as noções de delito especial e de delito de infração de dever, sendo habitual a menção a tipos penais que aqui se apontam como paradigmas daquela classe delitiva, como exemplos desta última. É o caso dos delitos de funcionário público, dos quais se serviu Roxin, já na primeira edição de sua obra de habilitação *Autoria e domínio do fato em direito penal*, quando cunhou a expressão “delitos de infração de dever”.

Desde então, diversos foram os autores que passaram a empregá-la³³⁵ para designar, se não todos, muitos dos delitos especiais, apoiando-se na ideia roxiniana de que a infração de um dever de caráter extrapenal consistiria no fundamento da restrição do círculo de autores possíveis naqueles tipos delitivos.

Abordar essa classe delitiva não é tarefa fácil, pois, como se verá ao longo deste estudo, o significado da expressão “delitos de infração de dever” em muito supera a simples conceituação de uma categoria de ilícitos penais que restringem normativamente o círculo de possíveis autores.

Alude a nomenclatura “delitos de infração de dever” não apenas a uma classificação típica concernente à sujeição ativa, mas também ao fundamento material em que se baseia a limitação da autoria e o próprio critério de imputação desta.³³⁶

³³⁵ Dentre os quais: JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995; SÁNCHEZ-VERA GOMES TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002; ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito*: fundamento y límites cit.; e BACIGALUPO, Silvina. Op. cit.

³³⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 160-161.

Segundo a teoria dos delitos de infração de dever,³³⁷ o fundamento da restrição da autoria aos *intransei* deve-se a que apenas eles estariam vinculados a um dever especial, cuja violação seria pressuposto da infração da norma penal. Essa posição de dever diferenciada é que explicaria a possibilidade de apenas os indivíduos qualificados assumirem a condição de autores dessa constelação delitiva.

Assim, o critério delimitador da autoria criminal, nesses delitos, seria dado precisamente pela infração do dever, afastando-se o domínio do fato. Passa-se, então, a opor a categoria dos delitos de infração de dever à dos chamados “delitos de domínio”, em virtude dos distintos critérios que a cada qual deveria ser empregado para determinar a figura do autor: aos primeiros, a infração do dever, aos segundos, o domínio do fato (item 2.2.2.2.3.2).

Percebe-se, desse modo, que são múltiplas as consequências que acarreta a adoção de uma tal nomenclatura como a dos “delitos de infração de dever”. Ao contrário, quando se fala em “delitos especiais” em sentido amplo ou simples, nenhuma consideração quanto a seu substrato material e, muito menos, a respeito do critério delimitador da responsabilidade jurídico-penal se adianta.

Neste ponto, observa-se uma importante distinção entre os conceitos. Mesmo que possível fosse tratar os delitos de infração de dever como mera categoria delitiva e, nessa medida, procurar equipará-los aos delitos especiais, haveria que os admitir como integrantes de uma espécie de conceito complexo (item 3.1.1) de delito especial, haja vista que, naquela constelação, o fundamento da restrição do círculo de possíveis autores é parte indissociável de sua própria caracterização.³³⁸

Conforme já se teve oportunidade de consignar, a adoção de um conceito complexo de delito especial implica a aceitação de um fundamento material único e comum a todos os tipos penais integrantes da categoria delitiva: no caso, a violação de um dever que sujeita o

³³⁷ O tema será aprofundado quando do estudo do substrato material dos delitos especiais (capítulo quarto), oportunidade em que se aludirá a outras teses a respeito dos “delitos de infração de dever”, como a de Günther Jakobs.

³³⁸ Essa também a conclusão a que chega Sílvia Fernández Bautista: “*Definidas de este modo las premisas básicas de los delitos de infracción de deber podría sostenerse, sin muchas dificultades, que constituyen un, si se quiere ‘peculiar’, concepto complejo de delito especial*” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 158).

intraneus em caráter exclusivo. Na hipótese de haver delito especial com substrato diverso, jamais se lhe poderia atribuir a condição de “delito de infração de dever”.³³⁹

Assim, pelos mesmos motivos que embasaram a preferência por um conceito simples de delito especial, neste momento do desenvolvimento do presente estudo igualmente se afastará qualquer menção a “delitos de infração de dever” até que se possa firmar posicionamento a respeito da *ratio essendi* dos delitos especiais e seja tratada a questão da delimitação da autoria para esta categoria delitiva.

3.3. Classificação dos delitos especiais

3.3.1. Delitos especiais próprios e delitos especiais impróprios

A principal classificação dos delitos especiais que traz importantes consequências para a atribuição de responsabilidades em hipótese de concurso de agentes é a que distingue, de um lado, os delitos especiais próprios e, de outro, os delitos especiais impróprios.³⁴⁰ A nomenclatura já evidencia a tendência doutrinária a reconhecer maior “legitimidade” aos delitos especiais próprios, conferindo aos impróprios algo como o *status* de especiais, embora não seja precisa sua natureza jurídica. Algo como se os delitos especiais “por excelência” fossem os primeiros, enquanto que aos segundos fosse dispensado igual tratamento como decorrência de algum critério aproximativo.

De fato, ver-se-á mais adiante, autores há que consideram os chamados delitos especiais impróprios “ilegítimos” delitos especiais, é dizer, delitos comuns aos quais a doutrina erroneamente teria atribuído a qualidade de especiais, o que justificaria alguma correção

³³⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 159.

³⁴⁰ É em virtude dessa classificação que se rechaçou a nomenclatura “delitos próprios”, no lugar de “delitos especiais”, apesar de já tradicional na literatura jurídico-penal brasileira, conforme esclarecido no ponto 3.1.2. Alguns autores empregam outras terminologias, mas sempre com o mesmo sentido, como é o caso de Manuel Cobo del Rosal e Tomás S. Vives Antón, que distinguem entre “delitos especiais em sentido estrito” e “delitos especiais em sentido amplo” (op. cit., p. 356-357), e de Nilo Batista, que fala em delitos especiais “puros” e “impuros” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 96).

em seu tratamento jurídico. No entanto, a classificação dos delitos especiais em próprio e impróprio como duas subespécies de uma mesma classe segue absolutamente predominante na doutrina, e é dela que se deverá partir.

Segundo essa tradicional classificação, os delitos especiais próprios seriam aqueles que não encontram correspondência em nenhum outro tipo penal comum. É dizer: a conduta que descrevem e atribuem, a título de autoria, a um grupo determinado de sujeitos não se encontra tipificada em nenhuma outra norma do ordenamento jurídico, não restritiva da autoria criminal. Significa que, na hipótese em que seja factível sua perpetração por indivíduo não portador das qualidades referidas no tipo que define o delito especial (próprio), não será possível afirmar seu caráter delitivo e, como consequência, resultará impune.

Como exemplos dessa subespécie (delitos especiais próprios), podem-se citar os crimes de insubmissão (art. 183 do CPM), descumprimento de missão (art. 196 do CPM), omissão de notificação de doença (art. 269 do CP), falso testemunho (art. 342 do CP), prevaricação (art. 319 do CP) e gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei federal 7.492/86).

Ao contrário, a conduta tipificada pelo delito especial impróprio guarda correlação com outra descrita em tipo penal diverso, de natureza comum.³⁴¹ Caso perpetrada por sujeito não qualificado para o delito especial (impróprio), não resultará impune, mas subsumível em outro tipo delitivo, e punível conforme a pena a ele cominada.

No Brasil, ainda podem ser destacados exemplos da cada vez mais escassa segunda subespécie,³⁴² como os delitos de peculato (art. 312 do CP); emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315 do CP); aquele previsto no art. 5º da Lei federal 7.492/86,

³⁴¹ Gonzalo Quintero Olivares fala na existência de uma “correspondência fática” entre delito especial impróprio e delito comum, o que é decerto mais correto que afirmar que tal correspondência se dá entre os tipos, afinal a identidade se encontra no pressuposto de fato ao qual se atribui a consequência jurídica (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales* cit., p. 31).

³⁴² Cuja previsão em legislações europeias já quase não se verifica. A exclusão dos delitos de homicídio e parricídio na reforma de 1995 do Código Penal Espanhol levou à quase extinção dessa subclasse, conforme GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. XXXIII – Introducción.

cuja conduta, em todos os casos, realizada por *extraneus*, pode corresponder à apropriação indébita (art. 168 do CP); infanticídio (art. 123 do CP),³⁴³ correspondente ao homicídio (art. 121 do CP), quando perpetrado por pessoa diversa da mãe sob estado puerperal; e violência arbitrária (art. 322 do Código Penal), que pode corresponder ao delito de lesões corporais (art. 129 do Código Penal) ou a crime contra a liberdade individual (Seção I do Capítulo VI do Título I da Parte Especial do Código Penal).

A existência de tipos delitivos comuns que preveem condutas correspondentes àquelas descritas pelos delitos especiais impróprios levou a quase totalidade da doutrina a afirmar uma importante diferença entre estes delitos e os especiais próprios, que diria respeito ao sentido mesmo do injusto.

Nessa linha, sustenta-se³⁴⁴ que, nos delitos especiais próprios, a característica do *intraneus* se confunde com o próprio fundamento da punibilidade, significando ser justamente essa qualidade a razão de ser da existência da figura delitiva. De fato, é facilmente defensável que, não fosse a função militar desempenhada e o feixe de deveres a ela associada, sentido não haveria na previsão de um tipo penal tal como o de deserção. O mesmo a dizer da omissão de notificação de doença, diretamente decorrente da violação de um dever especial que submete, em caráter exclusivo, o médico.

Quanto aos delitos especiais impróprios, a mesma doutrina esclarece tratar-se de fórmulas legais meramente agravatórias ou mesmo atenuatórias das que lhes correspondem (as comuns), em que a condição do *intraneus* não fundamenta nem justifica a previsão penal, mas apenas lhe acrescenta ou subtrai um *quantum* de injusto, de modo que tal qualidade explique não a punibilidade da conduta, mas seu maior ou menor desvalor (função modificadora da punibilidade).

Conduzindo às últimas consequências o pensamento em questão, Ricardo Robles Planas considera que os delitos especiais impróprios não constituem delitos distintos dos delitos comuns correspondentes,

³⁴³ Vide crítica à figura nos capítulos quarto e quinto, itens 4.5 e 5.3.1.

³⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral cit., p. 112-113; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 96; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 1015-1016; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 31; e BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 39-40.

consistindo em meros agravamentos ou atenuações de caráter pessoal. Nega, portanto, nesses delitos, a existência das figuras do *intraneus* e do *extraneus* e, conseqüentemente, sua submissão às soluções relativas à problemática do concurso de agentes nos delitos especiais.³⁴⁵

Segundo essa concepção, o crime de peculato (art. 312 do CP) nada mais seria que um agravamento do delito de apropriação indébita (art. 168 do CP), vinculado ao agente funcionário público, que comete o delito em prejuízo da Administração Pública. A despeito do diverso *nomen iuris*, bem como da topografia no Código Penal, em nada se diferenciaria das figuras que preveem, sob o mesmo dispositivo legal, um agravamento ou aumento de pena pessoal (a exemplo do que se verifica com o depositário judicial que se apropria de bem a ele confiado (art. 168, § 1º, inc. II, do CP).

Em sentido diametralmente oposto, é a opinião dos coautores Manuel Cobo del Rosal e Tomás S. Vives Antón, bem como de Víctor Gómez Martín, para os quais os delitos especiais impróprios tutelam bens jurídicos diversos daqueles que protegem os delitos comuns que preveem agravamentos de caráter pessoal ou, ao menos, oferecem uma proteção mais ampla, que contemplaria não apenas o bem jurídico comum individual descrito, mas também interesses supraindividuais, como seria, por exemplo, o regular funcionamento de instituições sociais, como a Administração Pública.³⁴⁶

A respeito desse debate, será necessário pronunciar-se mais adiante, após o estudo do fundamento material dos delitos especiais (capítulo quarto), considerando também a sistemática legislativa penal brasileira. Por ora, basta que se distingam os delitos especiais impróprios e os próprios conforme possuam ou não correspondência com figuras delitivas comuns, sendo ou não possível a subsunção da conduta prevista no tipo especial, noutro tipo penal, não restritivo da categoria da autoria.

³⁴⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales* cit., p. 126.

³⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 358; e GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 498-505. Para este autor, para afirmar-se que dois delitos são distintos entre si é preciso partir de um critério teleológico e não puramente formal, que leve em conta o tipo de injusto que contempla cada um, para cuja análise é imprescindível a aferição do bem jurídico tutelado, ainda que nem sempre essa aferição seja de fácil labor.

3.3.2. Delitos especiais por motivos naturais e delitos especiais por motivos jurídicos

Uma segunda classificação, à qual se podem submeter os delitos especiais, é a de que ora se ocupa. Inobstante, em relação à distinção anterior, a presente pareça ostentar menor relevância prática, certo é que, além de ofertar uma melhor visualização da categoria dos delitos especiais, a classificação segundo os motivos que embasam a restrição típica da autoria permite antever a problemática sobre a qual se debruçará no capítulo seguinte, que diz respeito ao fundamento material dos delitos especiais.

Conforme esta classificação, os delitos especiais dividem-se em delitos especiais por motivos naturais (ou físicos) e delitos especiais por motivos jurídicos.

Em nossa literatura penal, Nelson Hungria já diferenciava essas duas “categorias” de delitos especiais, trazendo para o âmbito do primeiro grupo aqueles delitos que pressupunham, no autor, a existência de qualidades naturais e sociais e, para o âmbito do segundo grupo, as figuras típicas especiais que se baseavam na presença de qualidades jurídicas do interveniente principal.³⁴⁷

Os delitos especiais por motivos naturais seriam, nessa linha, aqueles que limitam a categoria da autoria em função de qualidades próprias do indivíduo, como o sexo ou determinadas condições biológicas ou psicológicas.³⁴⁸

Integraria tal categoria uma minoria do rol de delitos especiais que prevê nossa legislação penal, dentre os quais se mencionam o infanticídio (art. 123 do CP), do qual só pode ser autora a parturiente puérpera, e o aborto provocado pela gestante (art. 124 do CP), do qual só pode ser autor pessoa do sexo feminino.³⁴⁹

Dentre tais figuras, o infanticídio é um dos mais conhecidos de-

³⁴⁷ HUNGRIA, Nélon. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 282. Assim também FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 282-283.

³⁴⁸ SALES, Sheila Jorge Selim de. Op. cit., p. 60.

³⁴⁹ O principal exemplo desta subclasse de delitos especiais consistia, até o advento da Lei federal 12.015/09, na figura do estupro, que exigia do autor a condição de indivíduo do sexo masculino. Com a reunião dos antigos tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor em uma única figura, de contornos típicos mais amplos, não se verifica mais a antiga limitação à autoria.

litos que a doutrina classifica como especial, dentre os estabelecidos pelo nosso Código Penal e, provavelmente, o que mais discussões propiciou no que diz respeito ao concurso de pessoas.

Muito já se debateu, assim, sobre a responsabilização do terceiro que auxilia ou instiga a mãe que se encontra sob o chamado estado puerperal a matar o filho recém-nascido. Consistindo o delito de infanticídio em tipo penal privilegiado, parece incorreto estender ao terceiro o benefício penal conferido à puérpera. Daí porque o próprio Hungria sustentou uma interpretação diferenciada do tipo penal do infanticídio em relação a outros tipos que previam, no seu entender, delitos especiais.³⁵⁰

O reconhecimento do crime de infanticídio como integrante do rol de delitos especiais parece bastante questionável, e esta é questão que antecede a discussão a respeito da solução à problemática do concurso entre *intraneus* e *extraneus*. Com relação ao tema, especificamente, voltar-se-á nos capítulos quarto e quinto.

A outra categoria de delitos especiais, conformada por aqueles que pressupõem uma qualidade jurídica do interveniente principal, reúne a imensa maioria dos tipos penais conhecidos que apresentam restrição em sede de autoria.

Nesses delitos, o motivo da limitação do círculo de autores possíveis deve-se à exigência de uma determinada qualidade, no autor, que não lhe é própria (natural), mas conferida ou valorada pelo ordenamento jurídico, por meio de quaisquer de seus ramos.³⁵¹

Como exemplos dessas figuras, podem-se citar os delitos funcionais, a revelação de segredo profissional (art. 154 do CP), a duplicata simulada (art. 172 do CP), a fraude ou abuso na fundação ou admi-

³⁵⁰ É conhecida a solução de Hungria no sentido de entender que a condição pessoal da puérpera seria, na verdade, condição personalíssima e, nesse sentido, jamais aproveitável ao terceiro que concorresse para a prática delitiva, o qual deveria responder pelo delito de homicídio (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5, p. 266).

³⁵¹ Heleno Cláudio Fragoso menciona a classificação empreendida por Carnelutti, conforme o ramo jurídico do qual oriundas as qualidades jurídicas do *intraneus*. Assim, do Direito Constitucional, a condição de “cidadão”; do Direito Processual, as condições de “juiz”, “procurador”, “testemunha”, “perito”; do Direito Administrativo, as de “agente de polícia”, “funcionário do serviço postal”; do Direito Privado, as condições de “cônjuge”, “tutor”, “curador”, “proprietário”, “condômino”, “depositário” etc. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 283).

nistração da sociedade por ações (art. 177 do CP), a bigamia (art. 235 do CP), o falso testemunho (art. 342 do CP), dentre muitos outros.

Também a condição de “genitor” nos crimes de abandono de incapaz (art. 133 do CP) e de maus-tratos (art. 136 do CP)³⁵² se insere no contexto de condições ou qualidades jurídicas, pois decorrem do ordenamento jurídico (Constituição Federal e normas de direito de família) os deveres de guarda, zelo e desenvolvimento do menor que caracterizam o poder familiar.

Por serem os delitos especiais, por motivos jurídicos, significativamente mais numerosos e mais relevantes do ponto de vista dogmático, será ao estudo dessas figuras que o presente trabalho se dedicará, ainda que se tenham algumas considerações com relação a tipos de delito que podem ser reconduzidos à categoria dos que restringem a autoria com base em motivos naturais.

³⁵² Destacando-se que estes crimes também podem ser cometidos, a título de autoria, por outros indivíduos que se encontrem em situação de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, convertendo-se em garantidores do bem jurídico. Assim, por exemplo, enfermeiros, professores, empregados domésticos, padrastos etc.

CAPÍTULO 4

SUBSTRATO MATERIAL DOS DELITOS ESPECIAIS: A *RATIO ESSENDI* DA ESPECIAL NORMATIZAÇÃO DE CONDUTAS COM RESTRIÇÃO EM SEDE DE AUTORIA

4.1. Considerações iniciais

Para que se possa avançar na discussão sobre a atribuição de responsabilidades no âmbito da comissão de um delito especial em concurso de pessoas, mais precisamente quando o concurso se dá entre sujeitos qualificados (*intranei*) e sujeitos não qualificados (*extranei*), é necessário perguntar-se sobre o porquê de esses delitos apresentarem uma restrição típica no específico campo da autoria.

Perquirir esse tema é, como bem indica Gonzalo Quintero Olivares, se não “a chave da questão” para a solução dos problemas relacionados à codelinquência nos delitos especiais, ao menos “uma boa ferramenta para encontrá-la”.³⁵³

Indaga-se, assim, sobre a razão de ser, o fundamento ou substrato material da limitação do círculo de autores promovida pelo legislador ao tipificar delitos especiais, como, a título de exemplo, os crimes funcionais, os militares, os de responsabilidade de agentes públicos, os da chamada Lei do Colarinho Branco (Lei federal 7.492/86), dentre outros tantos aos quais se fez menção com maior detalhe no capítulo anterior.

Analisando algumas dessas figuras típicas, chega-se sem dificuldade à conclusão de que exigem do autor qualidades especiais que o

³⁵³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 35.

colocam, em alguma medida, em uma posição jurídica diferenciada em relação aos demais indivíduos.³⁵⁴

Não causa estranheza, assim, se afirmar que a conduta do funcionário público que atenta contra os bens ou valores da Administração Pública possui maior desvalor do que aquela praticada pelo particular,³⁵⁵ alheio à estrutura administrativa. Isso explicaria o porquê de, por exemplo, o crime de peculato (art. 312 do CP) ser mais severamente punido do que o crime de furto (art. 155 do CP) ou o de apropriação indébita (art. 168 do CP).

Noutros casos, a própria conduta normada parece de difícil realização (isolada) por quem não possua as qualidades demandadas no tipo. É o caso dos delitos de abandono de posto (art. 195 do CPM), prevaricação (art. 319 do CP), gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei federal 7.492/86) e violação do segredo profissional (art. 154 do CP).

Dáí porque a doutrina se ocupou de discutir em que consistiria a razão de, à diferença da maioria das figuras típicas, esses delitos, que se designam especiais, circunscreverem o âmbito da autoria a um número restrito de indivíduos, de modo a indagar-se sobre qual deve ser o grau de reprovabilidade da conduta daquele que, juridicamente incapaz de cometer individualmente o delito (*extraneus*), o pratica conjuntamente com quem pertença ao círculo de autores possíveis (*intraneus*).

Como visto no capítulo anterior, é possível classificar os delitos especiais em duas subclasses, conforme seja o motivo da restrição típica ligado à pessoa do *intraneus*, assim, às suas características pessoais, de ordem biológica ou psicológica (delitos especiais por

³⁵⁴ “En efecto, si pasamos revista a los tipos enumerados observaremos que los elementos que deciden la calidad especial son, a grandes rasgos, situaciones de deber u obediencia o de poder, de sexo, de profesión, de condición jurídica, etc. Sería prolijo enumerar todas ellas; lo realmente importante es que cualquiera de esas situaciones posee la virtud de separar desde el punto de vista jurídico-penal, o mejor, individualizar, a un miembro de la comunidad: por ello cabe pensar en la posibilidad de que la posición jurídica de ese individuo en la comunidad no sea igual a la de los demás súbditos del Estado” (idem, p. 34).

³⁵⁵ “Puede afirmarse que la conducta del ‘extraneus’ posee menor desvalor, pues la falta de cualificación exigida lo distancia – más que en los casos normales de participación – del ámbito de lo típico en esta clase de delitos” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 79).

motivos naturais), ou relacionado a qualidades conferidas pelo próprio ordenamento jurídico (delitos especiais por motivos jurídicos).

No segundo desses grupos, no qual se concentra a grande maioria dos delitos especiais disciplinados pelo nosso ordenamento penal, ainda que se possa justificar em certa medida, por meio de razões diversas, a restrição típica, fato é que a especial condição do *intraneus* o coloca em uma posição ou situação juridicamente algo distinta daquela ocupada pelos demais membros da comunidade.³⁵⁶ O motivo dessa distinta posição jurídica³⁵⁷ é que se perquirirá no correr deste capítulo, dedicado à análise dos principais pontos de vista doutrinários a respeito do substrato material dos delitos especiais.

4.2. Os delitos especiais como delitos de infração de dever extrapenal

4.2.1. Aspectos preliminares

A teoria dos “delitos de infração de dever”, em contraposição aos “delitos de domínio”, já se disse, foi idealizada por Claus Roxin na primeira edição da obra *Autoria e domínio do fato em direito penal*.

A ideia, contudo, sobre a existência de um dever especial que vincularia de forma diferenciada o *intraneus* e, nessa medida, justificaria ou explicaria a formulação típica com restrição em sede de

³⁵⁶ A razão da restrição típica dos delitos integrantes do primeiro grupo (delitos especiais por motivos naturais), ao que parece, deve ser perquirida sobre outras bases, tais como a existência de uma barreira fática preexistente, apenas reconhecida pelo legislador penal quando da tipificação da conduta proibida. Assim, a circunscrição à mulher do delito de aborto praticado pela gestante (art. 124 do CP). Especificamente com relação à figura do infanticídio (art. 123 do CP), serão tecidas algumas considerações adicionais, nos itens 4.5 e 5.3.1.

³⁵⁷ “Efectivamente, es corriente entre un amplio sector de la doctrina referirse, ya al definir el delito especial, ya al pronunciarse sobre la naturaleza del mismo, a un especial deber, que tiene un individuo dado a diferencia del resto de los coasociados, a una situación jurídica distinta de la generalidad, a una mayor obligación de cumplir determinadas normas, o a razonamientos similares” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 36. O autor cita o posicionamento de doutrinadores como Beling, Binding, Mayer, Roxin e Stratenwerth).

autoria, é anterior à formulação de Roxin.

Hans Welzel, de quem Roxin foi discípulo, referia-se aos elementos que, nos delitos especiais, delimitam o campo da autoria, como *elementos de dever jurídico*, considerando que a categoria dos delitos especiais teria por nota característica a vinculação do autor à infração de um especial dever de natureza jurídica.³⁵⁸

Rememora Víctor Gómez Martín que, inicialmente, Welzel sustentava pertencerem esses *elementos de dever jurídico* ao âmbito da antijuridicidade. No entanto, verificou-se uma guinada de posição a partir da quinta edição de seu *Tratado de direito penal*, quando passou a defender que tais elementos integrariam o próprio tipo objetivo do correspondente delito especial.³⁵⁹

A questão está diretamente relacionada à forma como se entende a relação entre tipicidade e antijuridicidade penal.³⁶⁰ Daí porque, para o próprio Gómez Martín, partidário da opinião segundo a qual no tipo

³⁵⁸ Welzel, então, destacava os crimes funcionais como exemplos típicos dessa classe de delitos, mas considerava que todo aquele indivíduo sobre o qual recaíssem deveres especiais decorrentes de seu trabalho ou posição social estaria submetido à mesma condição do funcionário público (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general cit., p. 229-230).

³⁵⁹ Conforme a primeira formulação, os elementos de dever integrariam o injusto. Para que pudesse responder pelo delito especial, o autor deveria não apenas ser qualificado (*intraneus*), mas também ter conhecimento de sua condição. Assim, o erro quanto ao dever decorrente da função não seria erro de tipo, mas de proibição. Posteriormente, Welzel passou a considerar que as restrições ao âmbito da autoria, nos delitos especiais, pertenceriam já ao tipo objetivo da classe delitiva (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general cit., p. 144 e ss.).

³⁶⁰ Num primeiro momento, Ernst Beling, a quem se deve o desenvolvimento teórico da *tipicidade* como categoria integrante da teoria do delito, previu-a como elemento puramente descritivo, destituído de desvalor intrínseco e, nesse sentido, absolutamente independente da antijuridicidade e da culpabilidade, ambas já tidas por elementares do conceito de crime. Posteriormente, Max Ernst Mayer, com apego ao pensamento neokantiano, afastou-se do pensamento de Beling e passou a conceber o tipo penal como indiciário da ilicitude, admitindo, assim, alguma relação entre as categorias da tipicidade e da antijuridicidade, fundada precisamente na ideia segundo a qual a seleção de um dado comportamento para integrar a norma penal já apontaria no sentido de seu desvalor social. Mais adiante, Edmund Mezger aprofundou a vinculação entre tipo e ilícito penal, proclamando a tipicidade como verdadeira essência da antijuridicidade, afastando-se de vez daquela primeira visão do tipo penal como elemento objetivo e desprovido de qualquer carga axiológica. A partir do pensamento de Mezger, ganhou força a concepção do crime sob uma ótica bipartida, que reúne tipo e ilícito penal sob a categoria do *injusto*, ao qual se deve somar a culpabilidade. Para uma análise mais detalhada dessas distintas posições no contexto da evolução teórica da teoria do delito, vide: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 54-80.

penal reside a essência do ilícito (*ratio essendi* da antijuridicidade), os elementos restritivos da autoria nos delitos especiais – os quais o autor evita classificar como *elementos de dever* – conformariam o injusto ou, em suas palavras, “o objeto do juízo de imputação e da valoração da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico que teria lugar na tipicidade; e seriam, ao mesmo tempo, pressupostos da antijuridicidade da conduta, na medida em que esta ou o resultado objetiva e subjetivamente imputáveis e desvalorados como lesão ou colocação em perigo representariam o objeto do juízo de imputação e a valoração desse juízo que teria lugar na antijuridicidade”.³⁶¹

Independentemente dessa discussão que, como se vê, está atrelada à orientação filosófica que cada autor segue no contexto evolutivo do pensamento jurídico-penal, o importante a ser destacado é que existe uma considerável parcela de doutrinadores - de hoje e de outrora - que destacam os delitos especiais como figuras típicas construídas sobre a ideia de um dever especial que obrigaria, de forma diferenciada, os *intraanei*.³⁶²

Essa ideia remonta à doutrina alemã clássica³⁶³ e foi reforçada por um setor doutrinário no século passado, sempre tendo como foco os delitos funcionais. Ocorre que, a partir de Roxin, a relação entre delito especial e violação de dever se intensificou, chegando ao ponto de o delito especial ser concebido como *delito de infração de dever*.

Desde então, a violação de um dever especial que vincularia apenas o *intraaneus* passou a ser tida, por um lado - e com mais destaque por alguns autores - como o verdadeiro substrato material dos delitos especiais e, por outro, como o critério de atribuição da responsabilidade jurídico-penal.

Com efeito, e, sobre o tema, teve-se oportunidade de falar no

³⁶¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 125-126.

³⁶² “Efectivamente, es corriente entre un amplio sector de la doctrina referirse, ya al definir el delito especial, ya al pronunciarse sobre la naturaleza del mismo, a un especial deber, que tiene un individuo dado a diferencia del resto de los coasociados, a una situación jurídica distinta a la generalidad, a una mayor obligación de cumplir determinadas normas, o a razonamientos similares” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 36). O autor cita, como exemplo, desde os recentemente aludidos Beling e Mayer, como também Binding, Roxin, Stratenwerth, entre outros, demonstrando, assim, que a ideia da infração de dever perpassa as mais variadas correntes doutrinárias, a revelar sua forte aceitação.

³⁶³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 6.

capítulo terceiro (item 3.2.3), diversos dos autores³⁶⁴ que adotam a nomenclatura *delitos de infracción de deber* não fazem só substituir a expressão delitos especiais, mas a esta classe delitiva (ou a alguns dos delitos que a ela pertenceriam) associam o fundamento da restrição do círculo de autores possíveis, como sendo a infracción de um especial deber, compondo, assim, algo bastante próximo de um conceito complexo de delito especial.³⁶⁵

Além disso, empregam a ideia da infracción do especial deber como chave para a determinação da autoria nos delitos especiais, contrapondo-a ao critério do domínio sobre o acontecer típico, conforme a proposta originária de Roxin, que será analisada adiante.³⁶⁶

Tendo em vista as consequências que podem estar associadas à ideia da infracción de deber, Víctor Gómez Martín distinguiu duas correntes da teoria dos chamados *Pflichtdelikte*, a saber: as “puras” e as “mistas”.

As teorias “puras” seriam aquelas que, além de sustentarem ser a infracción a um deber especial o único critério pelo qual seria possível definir a autoria nessa constelação delitiva, compreendem-na como a essência do injusto das figuras típicas com restrição em sede de autoria.

De outro lado, as teorias “mistas” admitiriam a infracción de deber como apenas um critério de imputação de responsabilidade jurídico-penal - muitas vezes por si só insuficiente, devendo ser combinado

³⁶⁴ Dentre os quais Günther Jakobs e Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles e, em certa medida, o próprio Roxin.

³⁶⁵ Desde que, conforme ressalvado por alguns autores, se admita um único e comum fundamento material para todos os delitos especiais: “*Si se entiende la teoría de los delitos de infracción de deber como concepto complejo de delito especial, también debe asumirse que, bajo la denominación de delitos de infracción de deber, podrán englobarse únicamente aquellos tipos en los que el elemento que fundamenta las restricciones en sede de autoría obedezca a la existencia de un deber que forzosamente debe infringir el ‘intraneus’ para poder ser calificado como autor. En definitiva, sólo serán susceptibles de inclusión en este ámbito de delitos aquellos tipos cuya restricción en sede de autoría compartan idéntico fundamento*” (FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 159).

³⁶⁶ “*Para los partidarios de esta teoría, el ‘intraneus’ se configura como aquel sujeto que ostenta un especial deber, siendo este el criterio que le proporciona exclusivamente a él la posibilidad de ser autor de tales delitos. Por este motivo, los delitos de infracción de deber se caracterizan por basar la autoría del ‘intraneus’ en la infracción del deber especial por el que el sujeto viene obligado, infracción que constituye el fundamento de la autoría en esta constelación delictiva*” (idem, p. 158).

com outros - mas não como a *ratio essendi* da limitação do âmbito da autoria.³⁶⁷

Uma análise acurada das propostas dos autores adeptos tanto das formulações “puras” quanto das “mistas” pode ser encontrada nas obras de Gómez Martín e Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, de consulta obrigatória para quem deseja se aprofundar no tema.

Para os objetivos deste capítulo quarto, que discute precisamente o fundamento material dos delitos especiais, interessa focalizar a origem e as mais transcendentais teorias “puras” dos delitos de infração de dever, dedicando as linhas que seguem a uma análise sumária das propostas de Claus Roxin e Günther Jakobs.

4.2.2. A tese de Roxin

Não há como tratar da infração de dever como fundamento dos delitos especiais sem partir da análise da teoria idealizada por Roxin, ainda que se possa questionar sua caracterização, conforme a classificação empregada por Gómez Martín, como formulação “pura”, haja vista que o próprio Roxin, na última edição de seu *Autoria e domínio do fato em direito penal*, refira que a teoria dos delitos de infração de dever consistiria em mero critério de imputação da autoria nos delitos especiais, negando-lhe função no sentido de justificar a essência da limitação típica nesses delitos.³⁶⁸

³⁶⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 128-129.

³⁶⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal cit.*, p. 742, nota 537, em que se lê: “A infração de dever apenas confere um critério para a autoria, não o fundamento da punição, que também nos delitos de infração de dever consiste na lesão de um bem jurídico, e apenas o começo direto da lesão típica do bem jurídico fundamenta, tanto aqui como no geral, a tentativa” (traduzido livremente para o português). Tal postura deduz-se da resposta dada por Roxin à crítica de Winrich Langer no sentido de que, se a infração de dever por si só justificasse a previsão normativa de tais figuras delitivas, estas se consumariam já no momento em que violado o dever especial, muitas vezes antes de qualquer vulneração ao bem jurídico tutelado (crítica à qual se voltará mais adiante). Para defender a necessidade de lesão ao bem jurídico protegido para que se atinja o grau de tentativa, Roxin limita a infração de dever a simples critério de imputação de autoria. Gómez Martín questiona, contudo, tal derradeira posição de Roxin, sustentando, como parece acertado, que tal postura, no limite, acaba por conceber a autoria como um elemento não inerente ao injusto típico, mas a ele adicionado em momento posterior. Argumenta, ainda, que, para que a teoria dos delitos de infração de dever pudesse ser entendida, na formulação de Roxin, como simples critério para delimitação da autoria,

Conforme abordado no item 2.2.2.2.3.2 deste trabalho, a teoria dos *Pflichtdelikte* cuidou de oferecer soluções a problemas concretos verificados quando da atribuição de responsabilidade jurídico-penal aos indivíduos envolvidos na prática de determinados delitos para os quais o legislador empreendera uma limitação no âmbito da autoria,³⁶⁹ sendo certo que Roxin se centrou, de início, nos delitos de funcionário público.³⁷⁰

Com relação a tais delitos, já se disse, Roxin afirmou mais que a insuficiência, a imprestabilidade do critério do domínio do fato, por ele mesmo desenvolvido para lidar com a generalidade dos delitos comuns, comissivos e dolosos.

Sob a ideia reitora de que o autor é, sempre, a “figura central” do acontecer típico,³⁷¹ Roxin identifica que o critério para a definição da autoria nem sempre será o domínio do fato, pois, para alguns delitos - dentre os quais estariam os aqui tratados delitos especiais - o determinante (o único relevante) seria a infração de um dever especial.³⁷²

O afastamento do critério do domínio do fato para a determinação da figura central do sucesso nos *Pflichtdelikte* motivou-se, já no pensamento de Roxin, na possibilidade de haver um sentido diverso para a punibilidade de tais condutas típicas, o que implicaria uma

de igual forma teria de ser compreendido o domínio do fato (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 130).

³⁶⁹ “No se olvide que los delitos de infracción de un deber nacen en Roxin para solucionar el problema del ‘instrumento doloso no cualificado’ y poder denominar así ‘autor mediato’ a la persona de atrás que no domina la voluntad de la de delante, pero que, sin embargo, aparece como la auténtica ‘figura central’ del delito” (ROBLES PLANAS, Ricardo; JAVIER RIGGI, Eduardo. El extraño artículo 65.3 del Código Penal: un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación. *InDret*, Barcelona, n. 4, p. 10, 2008). Gómez Martín ressalta ser “lugar comum” na doutrina aludir à criação da teoria dos *Pflichtdelikte*, por Roxin, para o concreto objetivo de solucionar a questão do instrumento doloso não qualificado (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 128).

³⁷⁰ Roxin principia propondo o exemplo do *extraneus* que determina um funcionário público a praticar a figura especial de tortura do art. 343 do Código Penal Alemão. Explica que o *extraneus* detém o domínio do fato, o que não o torna autor do delito em questão, haja vista a limitação típica prevista pelo legislador (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 385).

³⁷¹ Segundo Roxin, “os tipos legais não são abstrações descoloridas, mas representam a tentativa de plasmar graficamente, com todas as características pessoais, a figura central do sucesso da ação” (idem, p. 359. Traduzido livremente para o português).

³⁷² Além dos delitos especiais, Roxin inclui sob a categoria dos delitos de infração de dever os delitos de mão própria e os omissivos (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 419 e ss. e p. 498 e ss.).

também diversa estrutura para os tipos penais integrantes da categoria, se comparados aos ditos “delitos de domínio”.³⁷³

Conforme bem sintetizado por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “*a respeito de alguns tipos penais, o legislador não atende à natureza externa do comportamento do autor, mas o fundamento da sanção reside no descumprimento das prestações ligadas a um determinado papel social especial (...). Para estes tipos, que Roxin denominou ‘delitos de infração de dever’, o domínio do fato é irrelevante*”.³⁷⁴

Valendo-se do paradigma dos delitos funcionais, Roxin afirmou que a limitação da autoria ao *intraneus* se justificaria pelo fato de que, da condição de funcionário público, se originariam deveres especiais os quais, uma vez violados, fundamentariam sua responsabilidade a título de interveniente principal ou, nas palavras do próprio Roxin, o revelariam como figura central do acontecer delitivo.³⁷⁵

Daí porque o dever especial (ou deveres especiais), cuja infração consubstanciaria a razão de ser da autoria do *intraneus*, não seria um dever de caráter penal, mas originário de normas jurídicas de outros ramos do ordenamento jurídico.

Seria, assim, um dever extrapenal, logicamente anteposto à própria norma penal, assumindo esta última o caráter de norma sancionadora da infração de deveres especiais que vinculariam o

³⁷³ “*Ha cambiado el punto central del razonamiento. Esta modificación se justifica por Roxin en la estructura de los tipos penales. Esto quiere decir: la noción de la figura central, o sea del autor, proviene de la ley penal y no de una determinada estructura ontológica, como postulaban los finalistas. Por tanto, Roxin propuso dos sistemas conceptualmente diversos para entender la autoría: los delitos de dominio, caracterizados dogmáticamente por este elemento como definidor de la autoría, y los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikte), que responden a reglas diferentes. Gráficamente: la teoría de la autoría y la participación debía ser bidimensional*” (BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 54).

³⁷⁴ Um pouco mais adiante, o autor prossegue: “*A categoria dogmática dos delitos de infração de dever não se orienta ao resultado do mundo exterior ou, dito de forma mais exata, ao domínio externo de um resultado do mundo exterior, mas se centra no dever especial da pessoa do autor*” (SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Op. cit., p. 29).

³⁷⁵ Segundo Roxin, não seria em si a condição de funcionário público o que determinaria a autoria do *intraneus*, mas a infração consciente do dever específico de comportar-se de determinada maneira, o qual se originaria do fato de o funcionário ter a ele atribuída uma concreta matéria jurídica (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 386).

intraneus, dada sua posição no ordenamento jurídico.³⁷⁶

Roxin ilustra sua teoria exemplificando, como especiais, os deveres jurídico-públicos dos funcionários, os deveres de sigilo de certas profissões, as obrigações jurídico-civis de lealdade, de guarda e assistência, entre outros.³⁷⁷

Tratando-se, pois, de deveres especiais, advindos de outras áreas do Direito, não se confundiriam com o dever geral de não atentar contra os bens jurídicos portadores de dignidade penal. Ocorre que, segundo Roxin, para fundamentar a autoria nos delitos de infração de dever, seria necessária a vinculação do sujeito ativo a esse dever especial, bastando o dever genérico apenas para justificar a responsabilidade a título de participação.³⁷⁸

Para Roxin, nos delitos de infração de dever, “*o obrigado se sobressai entre os demais cooperadores devido a uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato e porque o legislador o considera como figura central do sucesso da ação, como autor, precisamente devido a esta obrigação*”.³⁷⁹

Segundo Manuel A. Abanto Vásquez, o que justificaria a diferença entre o dever geral de não atentar contra bens jurídico-penais, que submeteria todos indistintamente, e o dever especial, que atingiria apenas o *intraneus*, seria uma proximidade diferenciada com o bem jurídico que, no caso dos delitos especiais, poderia fundamentar a própria existência da reprovação penal – caso dos delitos especiais próprios – ou um maior injusto penal – caso dos delitos especiais impróprios.³⁸⁰

³⁷⁶ Idem, p. 387.

³⁷⁷ Idem, p. 386.

³⁷⁸ “*Não se alude àquele dever surgido da norma penal cuja vulneração desencadeia a sanção prevista no tipo. Este dever existe em todo delito. Sobretudo, se estende aos indutores e cúmplices não qualificados, pois se os partícipes não estivessem compreendidos como destinatários da norma, por consequência de tal dever, não caberia fundamentar sua punibilidade até hoje quase indiscutida*” (idem, p. 387. Traduzido livremente para o português).

³⁷⁹ Idem, p. 387-388.

³⁸⁰ Tal consideração excluiria da classe dos delitos de infração de dever os crimes culposos ou imprudentes, inicialmente tidos por Roxin como integrantes da categoria, o que depois foi modificado pelo autor, conforme se verifica na última edição de sua obra, em que diz que o tema dos delitos de infração de dever é tão amplo que teria inicialmente descuidado da análise de determinados deveres especiais, “*o que é especialmente certo para os delitos imprudentes, os quais atualmente não considero delitos de infração de*

Tal proximidade com o bem jurídico conferiria ao *intraneus*, à diferença do que ocorreria com a generalidade da população, uma especial capacidade lesiva do objeto ou valor protegido pelo Direito Penal, o que o colocaria numa posição de garantidor desse bem ou valor, mesmo que sem domínio do fato ou ainda que o detenha um *extraneus*.³⁸¹

Nos delitos de infração de dever, a figura central do acontecer típico, para Roxin, será sempre o *intraneus*, com total independência de sua efetiva contribuição para o resultado delitivo, pois - assim se entende - sem ele não há delito (ao menos, não há o delito especial).³⁸² Por sua vez, ainda que tenha dominado objetiva e subjetivamente o fato, o *extraneus* será sempre partícipe.

Bem identificou Roxin que sua teoria dos delitos de infração de dever redundaria na significativa limitação do âmbito da coautoria, como realização conjunta da ação principal. Afinal, conforme o critério do domínio do fato, a coautoria existiria sempre que se pudesse verificar um codomínio ou, noutras palavras, um domínio funcional do acontecer típico pelos diversos intervenientes. Segundo o critério da infração do dever, só haveria coautoria nas (raras) hipóteses em que se verificasse pluralidade de *intraneus*, e estes, submetidos a um mesmo especial dever, infringissem-no simultaneamente.³⁸³

A excepcionalidade da coautoria nos delitos de infração de dever tem a ver com o caráter pessoal - personalíssimo, segundo alguns³⁸⁴ - desse mesmo dever, que vincula individualmente o *intraneus*. Assim,

dever, uma vez que a vulneração do dever geral de cuidado, constitutiva do injusto, simplesmente se refere ao dever de evitar que submete todos os cidadãos" (idem, p. 743, traduzido livremente para o português).

³⁸¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 181.

³⁸² "Para fundamentar la autoría no es necesario - ¡es superfluo! - que exista el dominio del hecho junto a la lesión del deber especial" (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit., p. 30, explicando o ponto de vista de Roxin.

³⁸³ "A coautoria obtém, assim, nos delitos de infração de dever uma estrutura totalmente distinta daquela do conceito geral de autor. Em lugar da imbricação das contribuições ao delito na fase executiva, se dá a determinação do resultado pela violação conjunta de um dever comum. O âmbito da coautoria se encolhe notavelmente, pois apenas cabe falar de caráter comum em tal sentido, quando várias pessoas se encontrem sujeitas a um mesmo e único dever". Como exemplo dessa situação excepcional, o autor alude ao dever de vigilância dos internos pelos funcionários penitenciários e ao dever de conservação e cuidado com correspondências confiada a diversos funcionários dos correios (op. cit., p. 391. Traduzido livremente para o português).

³⁸⁴ Assim, por exemplo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit., p. 202.

quando cada qual infringe sua obrigação oriunda de outros ramos do Direito, a tendência é identificar-se hipótese de autoria colateral e não de coautoria. Assim, pois, na linha da crítica de importantes autores, a ideia da coautoria não se presta à teoria dos delitos de infração de dever.³⁸⁵

A mesma precisão pode-se fazer no que diz respeito à autoria mediata, porquanto, quando se assume ser a infração do especial dever o que determina ou possibilita a realização do delito,³⁸⁶ chega-se à conclusão de que, quando o *intraneus* determina ao *extraneus* a prática (ainda que dolosa) do delito especial, na verdade está executando diretamente o crime, haja vista o afastamento absoluto do critério do domínio do fato para a solução do concurso de agentes nos crimes integrantes dessa classe delitiva.³⁸⁷

Destaca Silvina Bacigalupo que a mudança do critério definidor da autoria nos delitos de infração de dever, idealizada por Roxin, conduz a uma “*redefinição da acessoriedade da participação*”,³⁸⁸ e isso porque, na verdade, o que propôs Roxin foi uma redefinição da figura central do sucesso e, assim, do que haveria de ser entendido por conduta principal e por conduta secundária ou acessória.

Desse modo, enquanto nos delitos de domínio autor é quem controla o acontecer típico - sendo partícipe o cooperador sem domínio do fato - nos *Pflichtdelikte* é autor aquele que infringe o especial dever. A participação, neste caso, seria definida como colaboração sem infração de dever.

³⁸⁵ Idem, p. 202-206. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal*, Barcelona, fasc. 14, p. 10-11, jul. 2004.

³⁸⁶ Nesse sentido, é clara a postura de Roxin: “*Nos delitos de domínio, um sujeito é autor mediato se dirige, dominando-o, o acontecer mediante coação ou engano de outro, ou no marco de aparatos organizados de poder. Por outro lado, nos delitos de infração de dever, não se requer o domínio do fato para a autoria mediata. Basta que o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação a uma pessoa que se encontre à margem da posição de dever que fundamenta a autoria*” (op. cit., p. 394. Traduzido livremente para o português).

³⁸⁷ Embora Roxin não reconheça a imprecisão da ideia da autoria mediata aos delitos de infração de dever, considerando autor mediato (e não direto) o *intraneus* na hipótese do instrumento doloso não qualificado, a ponderação tem razão de ser e é bem sustentada por HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulisses. Op. cit., p. 314 ss., BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 433 ss.; e ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., p. 10-11.

³⁸⁸ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 30.

A mudança de critério acaba por influenciar, segundo o pensamento de Roxin, a compreensão não só do conteúdo da autoria e da participação nesses delitos, mas também a relação entre ambas as categorias. Assim porque, se nos delitos de domínio não se admitiria participação em uma conduta principal não dolosa,³⁸⁹ nos delitos de infração de dever não se verificaria tal limitação. Nesses delitos, como o único exigível para a imputação de responsabilidade a título de participação seria a “intervenção sem infração de dever especial”, em nada influenciaria que a conduta do autor fosse levada a cabo com ou sem dolo.³⁹⁰

Desse modo, Roxin acaba por propor uma acessoriedade que se poderia considerar “aquém da mínima”³⁹¹ para os delitos de infração de dever, ao sustentar que a punibilidade da contribuição a tais delitos dependeria, tão somente, da existência de uma conduta principal objetivamente típica.³⁹²

Ao menos no que diz respeito ao sistema jurídico-penal brasileiro, a proposta de Roxin deve ser tomada com cautela. Em primeiro lugar, em razão da defesa quase unânime de uma acessoriedade limitada, que demanda, para o castigo da participação, uma conduta de autor não apenas objetiva e subjetivamente típica, mas também antijurídica. Em segundo, porque a grande maioria dos delitos especiais apenas está prevista em sua modalidade dolosa e, como é sabido, os delitos culposos, excepcionais, dependem da expressa previsão legal (art. 18, parágrafo único, do Código Penal).

Portanto, admitir eventualmente a teoria dos delitos de infração de dever para a solução da codelinquência nos delitos especiais previstos na legislação penal pátria exigiria alguns questionamentos e, via de consequência, alguns reparos, sob pena de ofender-se a sistemática da Parte Geral do nosso Código Penal.

³⁸⁹ Uma vez que a própria noção de domínio sobre o acontecer típico pressupõe o dolo (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 399).

³⁹⁰ Segundo Roxin, “*é perfeitamente possível a participação em condutas principais não dolosas, porque aqui não é dolo, mas o dever, o elemento distintivo determinante entre autoria e participação*” idem, p. 404).

³⁹¹ Sobre os possíveis graus de intensidade da acessoriedade da participação, vide item 2.2.2.2 e nota 116.

³⁹² Idem, p. 406.

4.2.3. A tese de Jakobs

Ao lado de Claus Roxin, Günther Jakobs é, provavelmente, o maior defensor da teoria dos delitos de infração de dever. Embora, como visto, seja Roxin o idealizador da teoria, no pensamento de Jakobs ela ganhou ainda maiores proporções e projeções, de modo que o autor costuma ser visto como um “radicalizador” da ideia dos *Pflichtdelikte*.³⁹³

Se existe alguma discussão doutrinária a respeito do pensamento de Roxin integrar o que Víctor Gómez Martín identificou como teoria “pura” dos *Pflichtdelikte*, nenhuma dúvida deve subsistir quando analisado o sistema proposto por Jakobs, que concebe sua teoria dos delitos de infração de dever como verdadeira *ratio essendi* de um rol de delitos para os quais a infração do especial dever seria, também, o critério delimitador da autoria.³⁹⁴

O ponto de partida do autor alemão, já aludido sinteticamente nos capítulos segundo e terceiro deste estudo (itens 2.2.2.2.3.2 e 3.2.3), é um sistema normativo do Direito Penal que se subdividiria em apenas duas categorias delitivas: a dos “delitos de responsabilidade pela própria organização” (ou “delitos de competência organizacional”) e a dos “delitos de responsabilidade pelo descumprimento de deveres especiais” (ou “delitos de competência institucional”).³⁹⁵

As figuras típicas integrantes da classe dos delitos de competência organizacional responderiam ao princípio *neminem laedere*, segundo o qual cada indivíduo deve cuidar para que de sua própria esfera de organização não se originem perigos para os demais membros do corpo social. Estabelece-se, desta forma, uma relação negativa entre as pessoas, fundada na expectativa comum de que cada qual não seja agredido por meio da extrapolação dos limites da esfera

³⁹³ “La configuración jakobsiana de la ‘teoría del delito de infracción de un deber’ tiene mayores implicaciones y una raíz distinta que lo pretendido por Roxin. En realidad Jakobs cree hallar una regla de imputación vigente en nuestra sociedad, a saber, la que apartándose del ‘neminem laedere’ genera idéntica responsabilidad penal por la modificación del mundo en quien no ha impedido (o ha actuado sin serle imputable) la lesión teniendo el deber de hacerlo. Naturalmente ello nos lleva con rapidez a la dogmática de la omisión” (ROBLES PLANAS, Ricardo; RIGGI, Eduardo Javier. Op. cit., p. 10).

³⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación* cit., p. 266-267.

³⁹⁵ Idem, p. 11.

organizacional alheia.³⁹⁶

Nos delitos de competência institucional, ao contrário, identifica-se uma relação positiva, pela qual sujeitos especialmente obrigados devem cumprir com deveres que emanem de instituições sociais às quais estejam vinculados, como o Estado e a família.³⁹⁷

Nestes delitos, constata-se uma relação entre indivíduo qualificado e bem jurídico que não se limita a um mero dever de não lesionar, mas que vai além, colocando o *intraneus* como verdadeiro guardião da indenidade do bem protegido. Essa relação entre sujeito qualificado e bem jurídico dá-se, segundo o pensamento de Jakobs, por intermédio da instituição, é dizer, por meio dos deveres que se originam da condição de o indivíduo pertencer a uma dada instituição e que, portanto, são anteriores à defraudação da norma jurídico-penal.³⁹⁸

Segundo Jakobs, dentre as muitas funções das instituições sociais, está a garantia das expectativas, em especial daquelas que dizem respeito à manutenção e proteção de bens jurídicos.³⁹⁹

³⁹⁶ Idem, *ibidem*.

³⁹⁷ “Junto a este âmbito de deveres negativos, precisamente deveres de não lesionar outras pessoas por meio da configuração da própria organização, existem deveres positivos para a melhora da situação de outras pessoas ou para a direção de organizações estatais que, como deveres positivos, pressupõem a vinculação do autor a um papel social especial: os pais com relação a seus filhos, os funcionários, os juízes, dentre outros. A lesão desses deveres positivos conduz aos delitos de dever” (JAKOBS, Günther. La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, fasc. 6, p. 105, 2000, traduzido livremente para o português). Jakobs aponta tais instituições das quais emanariam deveres especiais como sendo: a família (especificamente, a relação paterno-filial, o matrimônio, as relações substitutivas - adoção e tutela); o Estado; e a chamada confiança especial, oriunda de comportamentos que, inseridos no contexto de um papel social, geram confiança de intensidade equivalente à que emana das instituições. Como exemplo, fala da relação médico-paciente, patrão-empregado; ou fraternal em dadas situações concretas. Vide: JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general: fundamentos y teoría de la imputación cit., p. 995 e ss.

³⁹⁸ JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo: consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. *Estudios de derecho penal* cit., p. 363. O autor precisa seu conceito de instituição: “Se entende por instituição, no sentido das Ciências sociais, a forma de relação, permanente e juridicamente reconhecida, de uma sociedade, que não se encontra à disposição da pessoa individual que, ao contrário, deve contribuir para constituí-la” (*Derecho penal*: parte general: fundamentos y teoría de la imputación cit., p. 994, nota 114, traduzido livremente para o português).

³⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general: fundamentos y teoría de la imputación cit., p. 994-995.

Tendo em vista a especial relação que, sempre conforme Jakobs, se origina do *status* ostentado pelos indivíduos pertencentes a determinadas instituições sociais e da qual emanam deveres especiais, nos delitos em virtude da relação institucional a autoria estaria fundamentada precisamente na lesão desses deveres pelo especialmente obrigado.

Mais que o (único) critério delimitador da autoria nos *Pflichtdelikte*, a infração do dever que vincula o *intraneus* determina o juízo de imputação e o próprio injusto. Nesses delitos, ao contrário do que se verifica nos delitos de competência pela própria organização, o autor só pode ser aquele indivíduo que ocupa a posição de garantidor da indenidade do bem jurídico em jogo, precisamente em função da existência de uma norma - evidentemente extrapenal - que lhe cria um dever de atuar em favor da conservação e proteção do bem, e não apenas de modo a não o lesionar.⁴⁰⁰

Também diversamente do que se verifica nos delitos de responsabilidade pela organização, nos delitos de infração de dever, entende Jakobs, não há diferença entre ação e omissão.⁴⁰¹ É assim, na medida em que o que determina a autoria é tão somente a infração do especial dever, seja por meio de um atuar, seja por meio de um não atuar, bastando que o *intraneus* se conduza de forma tal a não proteger o bem tutelado contra determinados perigos.⁴⁰²

A tese de Jakobs está permeada pelas ideias de competência e de papel ou *status* social, que evidenciam a carga normativa de sua construção teórica.

⁴⁰⁰ “Em alguns delitos só cabe fundamentar a responsabilidade plena, é dizer, em conceito de autor, mediante a lesão de um dever assegurado institucionalmente, responsabilidades que também está fundamentada sempre mediante a lesão desse dever. Tais deveres afetam apenas o titular de um determinado ‘status’; as pessoas não obrigadas por si mesmas podem ser, no máximo, partícipes” idem, p. 718. Traduzido livremente para o português).

⁴⁰¹ Conforme Jakobs, essa distinção “perde seu sentido” nos delitos de infração de dever (JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación* cit., p. 791).

⁴⁰² “Fundamento da responsabilidade é a vinculação institucional com o bem; esta vinculação é sempre direta, ou seja, sua violação conduz sempre à autoria”. Deste modo, segundo Jakobs, haverá autoria por omissão sempre que o obrigado não impeça a agressão de outra pessoa contra o bem, ainda que sua conduta, objetivamente, apenas possa ser interpretada como participação (idem, p. 1027-1028).

A competência verificar-se-ia tanto nos delitos de responsabilidade pela própria organização quanto nos de descumprimento de deveres especiais, e equivale à noção de responsabilidade por um determinado sucesso.⁴⁰³

Ao contrário de Roxin, Jakobs entende, na linha da crítica de outros autores, que descabe falar em coautoria ou em autoria mediata nos delitos de infração de dever (de competência institucional), sendo admissíveis apenas os conceitos de autoria colateral, no primeiro caso, e de autoria direta, no segundo.

A conclusão em questão decorre do entendimento segundo o qual é apenas o dever que fundamenta a responsabilidade jurídico-penal a título de autoria e do caráter personalíssimo desse mesmo dever.

Resulta, assim, criado um sistema de responsabilidade jurídico-penal pela mera infração normativa - de uma norma de conteúdo extrapenal, rememore-se - e não fundado na própria intervenção para o delito.

O fundamento exclusivo dos delitos de responsabilidade institucional na infração do dever impede a identificação absoluta dessa categoria delitiva com a dos delitos especiais, conforme já pontuado no item 3.2.3 deste trabalho.

Se, de um lado, não são todos os delitos especiais que integram a categoria dos delitos de responsabilidade institucional, mas apenas aqueles cujo fundamento material resida na infração do dever,⁴⁰⁴

⁴⁰³ Conforme Jakobs, o critério da competência deve vir acompanhado, nos delitos de responsabilidade pela própria organização, da ideia de domínio e, nos delitos de responsabilidade pelo descumprimento de deveres especiais, pelo critério da infração do dever. Nos delitos de responsabilidade pela organização, Jakobs afirma que o comportamento de quem amplia sua própria esfera organizativa exclui o domínio do fato de terceiros, de modo que tal domínio passa a *competir* apenas a quem configura a realidade social (La competencia por organización en el delito omisivo: consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión cit., p. 349). O conceito de *competência*, tão importante em Jakobs, foi duramente criticado por Bernd Schünemann, para quem tal conceito “*não aporta nada para explicar os pressupostos da autoria. Com efeito, se acaso se declara autor quem é competente pelo fato, então se formula uma pura tautologia*” (El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 986. Traduzido livremente para o português).

⁴⁰⁴ Segundo Jakobs, a categoria que denomina “delitos especiais em sentido amplo” reúne tipos penais cuja restrição em sede de autoria teria por fundamento o fato de que, em tais delitos, o bem jurídico apenas estaria ao alcance de determinadas pessoas ou apenas estas poderiam atacá-lo de determinada forma ou de modo especialmente fácil. Diriam

por outro, os delitos de responsabilidade pelo descumprimento de deveres especiais tampouco se restringem às figuras especiais que, no capítulo terceiro, se cuidou de diferenciar de outras afins, também restritivas do âmbito da autoria.

Para elucidar esse ponto, basta mencionar o entendimento do autor segundo o qual a morte do filho menor de idade será sempre delito de infração de dever imputável aos pais a título de autoria, independentemente de qualquer intervenção causal, mas exclusivamente em razão da condição de garantidores.

Desse modo, verifica-se, no sistema de Jakobs, uma ampliação do âmbito dos delitos de infração de dever para além do que sustenta Roxin, com sua teoria dos *Pflichtdelikte*,⁴⁰⁵ na medida em que figuras típicas tradicionalmente vistas como submetidas ao critério do domínio (exemplo do homicídio) se podem converter em delitos de infração de dever a depender unicamente da existência de uma instituição social da qual emanem deveres de garantia e proteção dos bens jurídicos em jogo.⁴⁰⁶

Diferente de Roxin, Jakobs centra sua atenção na acessoriedade quantitativa, que exige tenha o fato principal alcançado ao menos o grau de tentativa para que seja punível a participação.⁴⁰⁷ Conforme o pensamento de Jakobs, tal regra geral deve ser excepcionada nos delitos de infração de dever, nos quais “*a distribuição de formas de conduta sempre será ocultada pela imediatez do dever*”.⁴⁰⁸

respeito, assim, a limitações meramente fáticas, a exemplo do crime de motim, ao qual este trabalho não reconhece o caráter de especial (item 3.1.1). Sánchez-Vera posiciona-se em igual sentido, explicando que, para tais delitos, o critério de determinação da autoria deve ser o do domínio do fato, apenas com a particularidade de que nem todos podem dominar o acontecer típico, fornecendo exemplos como o dos delitos de “alzamiento de bienes” (dilapidação do patrimônio em prejuízo de credores) e “quiebra fraudulenta” (delito falimentar) (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit., p. 46).

⁴⁰⁵ Idem, p. 44.

⁴⁰⁶ “*Para os mencionados garantidores, inclusive os delitos comissíveis por qualquer pessoa se convertem em delitos de infração de dever, inclusive em caso de comissão; assim, pois, a participação decai em favor de uma autoria mais ampla*” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación* cit., p. 791. Traduzido livremente para o português). Nota-se, assim, que a categoria dos delitos de infração de dever, em Jakobs, não se fundamenta na restrição típica da autoria, que caracteriza os delitos especiais.

⁴⁰⁷ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 75-76.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación* cit., p. 792.

Seguindo esse raciocínio, o sujeito obrigado dá início à tentativa pela mera infração do dever (solução individual), sem que seja necessário verificar globalmente o início da execução do fato principal (solução global).⁴⁰⁹

Tal entendimento conduz a uma das mais combatidas consequências da tese de Jakobs: a antecipação do começo da execução típica, que deixa de depender da realização de atos executórios para se dar já no momento em que o *intraneus* infringe seu especial dever.

Com relação a este ponto, levantado por Winrich Langer,⁴¹⁰ Roxin rebateu-o dando um passo atrás, ao sustentar que a infração do dever só poderia ser considerada como critério delimitador da autoria e não como fundamento da punição, o qual residiria, sempre, na vulneração do bem jurídico protegido.

Jakobs, como de costume, prezou pela coerência interna de seu sistema, assumindo explicitamente que, nos delitos de competência institucional, efetivamente a mera infração do dever bastaria para a determinação do início da execução delitiva.

4.2.4. Análise crítica

Antes de prosseguir para uma concisa avaliação dos prós e contras da ideia da infração do dever como fundamento material dos delitos especiais - de todos ou de alguns deles - é importante expor sumariamente as principais semelhanças e diferenças verificáveis nas propostas de Roxin e de Jakobs.

Com relação aos pontos convergentes, nota-se que ambos os autores adotam a bipartição das figuras delitivas em duas categorias, sendo a empregada por Roxin a dos delitos de domínio *versus* delitos de infração de dever, e a sustentada por Jakobs, aquela que opõe delitos de responsabilidade pela (própria) organização a delitos de

⁴⁰⁹ Silvina Bacigalupo exemplifica com o administrador de uma sociedade que instrui um não qualificado a executar atos de desvio de patrimônio. Segundo a “solução total”, só se poderia falar em começo da execução quando o *extraneus* praticasse algum ato destinado à lesão patrimonial. Pela “solução individual”, adotada por Jakobs, para o *intraneus* a execução já teria tido início, pois é considerada apenas em relação à sua própria conduta (BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 76).

⁴¹⁰ Vide nota 368.

responsabilidade pela instituição.

Para cada uma dessas categorias, tanto Roxin quanto Jakobs adotam distinto critério definidor da figura central do delito, o que acaba por determinar uma também diversa noção da acessoriedade da participação para cada qual.

Com relação aos delitos de domínio ou de responsabilidade pela organização, a conduta principal é aquela que domina o acontecer típico (no entender de Jakobs, realizada por quem esteja em condições de atacar o bem jurídico), considerando-se acessória a cooperação sem domínio do fato. Já no que diz respeito aos delitos de infração de dever ou delitos de responsabilidade pela instituição, a conduta principal é a que viola um especial dever, sendo acessória aquela que não o faz, tudo isso com total independência – tanto em Roxin quanto em Jakobs – da efetiva contribuição do interveniente *intraneus* e do *extraneus*.

Daí porque ambos os autores colocam a infração do dever como centro de gravidade dos *Pflichtdelikte*, atribuindo-lhe a condição de único critério relevante para a imputação da autoria nos delitos que integrariam a categoria.

Apesar das citadas semelhanças gerais,⁴¹¹ que permitem considerar tanto Roxin quanto Jakobs como os principais defensores da ideia dos delitos de infração de dever, há importantes pontos divergentes entre as teorias dos dois autores, que lastreiam o entendimento segundo o qual o pensamento de Roxin serviu de inspiração para o desenvolvimento da teoria de Jakobs, mas este adotou uma postura caracterizada pela radicalização de pontos que, em Roxin, são objeto de certa mitigação.

Dentre essas diferenças, salta aos olhos o distinto fundamento que cada um dos autores confere ao critério da infração do dever. Enquanto Roxin considera que o que diferencia os delitos de domínio dos delitos de infração de dever é a estrutura normativa, fundada numa escolha do legislador penal, Jakobs entende residir tal fundamento na origem institucional do dever.

Assim, para Jakobs, pouco importa qual a técnica legislativa empregada na tipificação dos delitos, pois o determinante é a exis-

⁴¹¹ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 84.

tência ou não de uma instituição social da qual emanariam deveres de manutenção e proteção dos bens jurídicos em jogo.⁴¹²

Daí deriva a ampliação do âmbito dos delitos de infração de dever em Jakobs, pois figuras tradicionalmente tidas como submetidas ao critério do domínio passam a ser, por ele, consideradas como ensejadoras da aplicação do critério da violação do dever, dada sua suposta origem institucional.

Também decorre da peculiar classificação proposta por Jakobs a não identificação dos delitos de infração de dever com a categoria dos delitos especiais. Para o autor, apenas alguns dos delitos que a doutrina costuma considerar como especiais seriam de infração de dever - precisamente, aqueles cujo fundamento material residisse na violação de um dever institucional - sendo àqueles que não respondessem a tal substrato material aplicável o critério do domínio do fato.

Embora aqui se tenha centrado nos pensamentos de Roxin e Jakobs - o que é consequência dos limites estabelecidos para este trabalho - é certo que a teoria dos delitos de infração de dever atingiu considerável aceitação na Alemanha, e, na Espanha, experimenta um exponencial aumento de seu rol de adeptos.

Não menos certa é a constatação de que, inobstante a aceitação da doutrina dos delitos de infração de dever por diversos autores, dentre os quais podem ser mencionados Günther Stratenwerth, Jesús-María Silva Sánchez, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Ricardo Robles Planas e Silvina Bacigalupo, há consideráveis diferenças entre o grau de aceitação da teoria pelos citados penalistas, bem como quanto aos fundamentos e resultados assumidos como consequência de sua adoção.⁴¹³

⁴¹² Desse modo, Jakobs reconhece como delitos de responsabilidade institucional figuras típicas cuja estrutura legal responde ao que Roxin considera delitos de domínio, a exemplo do homicídio perpetrado pelo genitor contra o recém-nascido. Por outro lado, alguns tipos penais que, para Roxin, seriam de infração de dever, como o crime falimentar, Jakobs entende como delito de responsabilidade pela (própria) organização e, portanto, submetido ao critério do domínio, ainda que com a restrição típica do âmbito dos indivíduos que podem exercê-lo.

⁴¹³ Manuel Abanto Vázquez aponta que, a título de exemplo, Stratenwerth adota a proposta de Roxin e com mitigações, na medida em que não admite baste o critério da infração do dever para solucionar o problema da definição da autoria em todos os *Pflichtdelikte*. Sánchez-Vera, por sua vez, inclina-se pela teoria desenvolvida por seu mestre, Jakobs (op. cit., p. 10). Roxin arrola uma extensa lista de autores alemães que seriam adeptos

A razão que melhor explica o aumento do número de seguidores de dita teoria, desde a formulação primeira por Roxin, é sua inegável utilidade prática,⁴¹⁴ na medida em que oferece soluções simples para temas complexos, como é o caso do “instrumento doloso não qualificado”, preenchendo lacunas deixadas pela teoria do domínio do fato.

Outra vantagem da teoria dos delitos de infração de dever reside, precisamente, em seu caráter explicativo da circunscrição do número de autores possíveis, ou seja, no fundamento material que apresenta para boa parte dos delitos especiais como, por exemplo, os crimes funcionais e militares, aos quais é possível sustentar a ideia da existência de deveres jurídicos especiais em cuja infração residiria a essência do delito.⁴¹⁵

Inobstante os pontos fortes em favor da teoria em questão e sua referida aceitação, são diversas as críticas a ela já formuladas, tanto como explicação do fundamento material dos delitos especiais (ou de parte deles) quanto como critério de atribuição de responsabilidade para determinada classe delitiva.

Antes de iniciar a exposição dessas principais críticas, importa dizer que a adoção da ideia da infração de dever como *ratio essendi* dos delitos especiais - o que consiste no verdadeiro objeto deste capítulo - como visto, traz consigo uma série de consequências que não de ser mensuradas.⁴¹⁶

Final, a própria nomenclatura “delitos de infração de dever” não corresponde a uma simples classificação delitiva com base na sujeição ativa nem mesmo se restringe à explicação do fundamento material da restrição imposta ao âmbito da autoria, mas consiste em verdadeiro critério de atribuição de responsabilidade jurídico-penal o qual, possivelmente, não deva ser compartilhado.

Ademais dessa necessária ponderação, há críticas à teoria dos delitos de infração de dever que a questionam como substrato material de determinada classe delitiva. Em especial, essas críticas dirigem-se ao caráter extrapenal atribuído ao dever especial, mas também falam sobre a abrangência da ideia da violação do dever, que não

de sua teoria dos delitos de infração de dever (op. cit., p. 742, nota 538).

⁴¹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 137.

⁴¹⁵ Assim entendem, entre outros, o próprio Gómez Martín (idem, ibidem) e Silvia Fernández Bautista (op. cit., p. 183).

⁴¹⁶ Conforme já se advertiu no capítulo terceiro, item 3.2.3.

se restringiria a uma dada categoria de delitos, e sobre a alegada inconveniência da adoção de uma reclassificação delitiva que afaste a conhecida subdivisão em delitos comuns e delitos especiais.⁴¹⁷

No que diz respeito ao caráter extrapenal do dever que embasaria a responsabilidade criminal a título de autoria, são fortes as objeções no sentido de que, caso se entenda - como majoritariamente se dá - que os delitos especiais diferem dos delitos comuns por ocasião da existência de um especial conteúdo de injusto, seria pouco justificável que esse injusto tivesse conteúdo estranho ao Direito Penal e que, por outro lado, do ponto de vista do dever penal (tido como geral e consistente na mera omissão da agressão ao bem protegido), atingisse de igual forma e intensidade tanto *intraneus* quanto *extraneus*.⁴¹⁸

Assim, e valendo-se da explicação ofertada pela própria teoria dos *Pflichtdelikte*, se, com o nascimento do tipo penal, o dever que se origina submete de modo equivalente qualificados e não qualificados, não haveria sentido em se falar - sob o prisma do Direito Penal - que o critério do dever vincula de modo exclusivo qualquer categoria delitiva.⁴¹⁹

A teoria dos *Pflichtdelikte* também é objeto de variadas - e provavelmente mais importantes - críticas dirigidas à infração do dever como exclusivo critério de delimitação da autoria, daí porque alguns autores se inclinaram pela adoção das mencionadas teorias “mistas”.⁴²⁰

⁴¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 140.

⁴¹⁸ “La infracción de un deber jurídico extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública parte de un presupuesto equivocado; identifica el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal que, sin embargo, deben distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes. Un primer ámbito es el del deber de acción penal, un deber ‘personalísimo’ de realizar u omitir una acción determinada, y cuya infracción constituye un elemento materialmente relevante para la construcción de los tipos penales. (...) Un segundo ámbito es el de los deberes extrapenales que tienen como fundamento a una persona en cuanto es centro de imputación de derechos y deberes, y aunque sobre la infracción de estos deberes recae un juicio de valor negativo, esto no es lo decisivo para la tipicidad” (RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Época, n. 8, 2001, p. 136-137).

⁴¹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 42.

⁴²⁰ Sánchez-Vera analisa (e refuta) diversas propostas “mistas” de adoção da teoria dos delitos de infração de dever, sem exclusão de considerações quanto ao domínio do fato. Dentre tais propostas, encontram-se as posturas de Enrique Gimbernat Ordeig, José

As mais importantes objeções se centram nas alegadas ofensas ao princípio da legalidade, indevida substituição da ofensa ao bem jurídico e adoção de algo próximo a um conceito extensivo de autor, tudo a lastrear a possibilidade de repudiante inclinação a um Direito Penal de cunho autoritário.

Sustenta-se, assim, e com grande parcela de razão, que a adoção do critério da infração do dever, com absoluta independência da análise da efetiva contribuição ofertada para o delito, importaria em desrespeito ao princípio da legalidade no que concerne a diversos tipos penais especiais que, ademais de limitarem o círculo de autores possíveis, descrevem a conduta típica pela qual se daria a realização do delito.⁴²¹

Conforme Gómez Martín, para que não se verifique aludida violação ao mais basilar dos princípios jurídico-penais, é necessário que a conduta típica da integralidade dos delitos de infração de dever esteja expressa em termos suficientemente amplos para que se possa entender qualquer contribuição do *intraneus* como autoria.⁴²²

“Precisamente por tais exigências legais, o que se deve poder imputar a título de autor ao ‘intraneus’ deve ser o fato típico nos termos em que previsto pelo preceito legal em questão. Desse modo, deverão ser observados não apenas os elementos do tipo objetivo, mas também, obviamente, os exigidos no tipo subjetivo, cumprindo-se, dessa forma, as exigências derivadas do princípio de legalidade”.⁴²³

O princípio da legalidade também restaria violado, entendem os críticos da formulação dos delitos de infração de dever, pela ilegal

Manuel Gomez Benítez e Carolina Bolea Bardón (vide: op. cit., p. 166 e ss.).

⁴²¹ Pense-se, por exemplo, na figura da gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei federal 7.942/86). Como imputar ao administrador da instituição a autoria do crime, sem atentar contra o princípio da legalidade, quando não foi ele a praticar os ditos “atos de gestão”?

⁴²² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 155-157. Em igual sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 298; e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 1023.

⁴²³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvina. Op. cit., p. 184-185, que complementa: “Não bastará qualquer causa que infrinja o dever de lealdade, mas a infração de dito dever forçosamente deverá materializar-se em uma conduta que se acomode às exigências que o preceito em questão exige e ser, ao mesmo tempo, imputável ao sujeito especialmente obrigado tanto objetiva quanto subjetivamente” (traduzido livremente para o português).

consideração de condutas de participação (indução e cumplicidade) como configuradoras de autoria, o que também é entendido como adoção de uma responsabilidade quase objetiva e uma indevida retomada do conceito extensivo de autor.⁴²⁴

A substituição da lesão ao bem jurídico protegido pela simples infração à norma (extrapenal) é também alvo de críticas dirigidas à teoria dos delitos de infração de dever, na medida em que permitiria fundamentar com maior facilidade um Direito Penal de caráter autoritário.⁴²⁵

Gómez Martín destaca, nessa linha, o pensamento de Mir Puig, segundo o qual um Direito Penal protetor da vigência da norma, como um fim em si mesmo, seria um Direito Penal que destacaria os deveres dos indivíduos. Por outro lado, um Direito Penal que se centrasse nos bens jurídico-penais como interesses ou valores merecedores de proteção penal, acentuaria os direitos daqueles mesmos indivíduos, assumindo, assim, um caráter liberal.⁴²⁶

Por fim, há de se mencionar a crítica ao esgotamento do injusto no simples desvalor da ação (infração do dever), antecipando, outrossim, a própria consumação delitiva. Ainda que Roxin não comparta dessa consequência, aponta-se ser a única coerente com a sistemática dos *Pflichtdelikte*, em especial com a adoção da infração do dever como fundamento da punibilidade dos delitos especiais.⁴²⁷

4.3. Os delitos especiais como delitos de domínio

4.3.1. Aspectos preliminares

Assim como as teorias que adotam o conceito de infração de dever podem ser classificadas em “mistas” e “puras”, conforme

⁴²⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 1023; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit., p. 135.

⁴²⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 118. Também GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. Op. cit., p. 81.

⁴²⁶ Idem, p. 79, em que se menciona MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad material. In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003, p. 78.

⁴²⁷ GRACIA MARTÍN, Luís. *El actuar en lugar de otro*: teoría general. Zaragoza: Publicações da Universidade de Zaragoza, 1985. v. 1, p. 333-334.

concebiam aludida infração de dever apenas como critério de determinação da autoria ou nela reconheçam, ademais, o fundamento material da respectiva classe delitiva, também quando se fala no critério do domínio é possível subdividir duas categorias de opiniões doutrinárias.

Já se viu, no capítulo segundo deste trabalho (item 2.2.2.2.3.2), que alguns dos problemas identificados para a teoria do domínio final do fato foram objeto de propostas que tentaram conceber o domínio sobre o acontecer típico em termos normativos.

Foi o caso das citadas propostas de Welzel, de um domínio social do fato, de Gallas, de um domínio normativo-formal, e de Jescheck, defensor de um domínio normativo-psicológico sobre o fato.⁴²⁸

Em comum, essas teorias buscavam aplicar o critério do domínio também aos delitos em que se verificava a restrição típica no campo da autoria, concebendo-o, para tanto, em termos menos naturalísticos e mais normativos.

Paralelamente a mencionado grupo de autores, alguns doutrinadores rechaçaram a teoria dos delitos de infração de dever, propondo a adoção do critério do domínio não apenas para solucionar os problemas relacionados à distribuição de responsabilidade nos delitos especiais, mas, também, para explicar o conteúdo de injusto desses delitos e, assim, o porquê da limitação típica no campo da autoria.

Dentre mencionados autores, destacam-se Bernd Schünemann, na Alemanha, e Luis Gracia Martín, na Espanha, cujas propostas serão brevemente abordadas na sequência.

O ponto central da explicação da *ratio essendi* dos delitos especiais na ideia do domínio está no poder de disposição do *intrañeus* a respeito da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido.

Conforme Rueda Martín, “*este deve ser, necessariamente, o substrato em virtude do qual o legislador estabeleceu um dever personalíssimo de ação penal para a hipótese do sujeito que se encontra na situação típica de um delito especial*”.⁴²⁹

⁴²⁸ Sumariamente abordado em 2.2.2.2.3.2.

⁴²⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit., p. 138. A autora é seguidora, na Espanha, do pensamento de Luís Gracia Martín, no que diz respeito ao tema objeto deste capítulo. No mesmo sentido, VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la*

Esse poder de disposição estaria associado, conforme as propostas adiante analisadas, a uma relação especial entre sujeito qualificado e bem jurídico, na qual consistiria o pressuposto típico dos delitos especiais.⁴³⁰

4.3.2. O domínio sobre o fundamento do resultado (Schünemann)

Schünemann constrói sua teoria a partir da crítica ao critério da infração de dever, sustentando que *“o critério de autor nos delitos especiais deve ser buscado (...) não na infração de um dever formal extrapenal, mas em uma relação de domínio sobre o sucesso, tipologicamente comparável com o domínio do fato nos delitos comissivos”*.⁴³¹

O primeiro grupo de delitos objeto do rechaço de Schünemann à ideia da infração de dever foi o dos delitos omissivos impróprios. Segundo o autor alemão, para que se admitisse a equiparação entre um agir e um não agir, não bastaria a violação do dever de natureza extrapenal, mas seria necessária, ademais, a presença de critérios penais específicos, sendo determinante a assunção da custódia do bem jurídico, sob a forma de um domínio sobre a situação de desamparo do bem protegido ou de um domínio sobre determinada fonte de perigo.⁴³²

Posteriormente, o autor sustentou que, da mesma forma como se dava com os delitos omissivos impróprios, não seria possível fundamentar a responsabilidade principal nos delitos especiais a partir do critério da infração do dever.⁴³³

administración pública: teoría general. Santiago de Compostela: Serviço de publicações da Universidade de Santiago de Compostela, 2003, p. 317.

⁴³⁰ Assim, KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. Trad. esp. Joaquín Cuello Contreras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 37, fasc. 1, p. 13-15, jan./abr.1984.

⁴³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 993. Traduzido livremente para o português.

⁴³² Idem, p. 989. Víctor Gómez Martín assinala que tal posição de Schünemann com relação aos delitos de comissão por omissão é resultado de uma evolução em seus trabalhos, sendo certo que, inicialmente, o autor se aproximou da ideia roxiniana dos *Pflichtdelikte*, vindo posteriormente a rechaçá-la de plano (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 201-202).

⁴³³ Embora admita que a infração do dever extrapenal possa servir como *ratio cognoscendi*

A análise do fundamento material dos delitos especiais, em Schünemann, parte do estudo da chamada “responsabilidade pela atuação em lugar de outro”, disciplinada nos Códigos Penais da Alemanha (§ 14) e da Espanha (art. 31), mas que não encontra previsão expressa em nossa legislação penal.

A cláusula da “atuação em lugar de outro” prevê a responsabilidade daquele que assume juridicamente a representação de uma pessoa natural ou jurídica, cujas características a qualificam para a comissão de determinado delito especial, ainda que o representante não reúna, em si mesmo, tais condições.⁴³⁴

Assim, caso o representante cometa, em nome do representado, o delito especial, pode ser penalmente responsabilizado a título de autor, em virtude da norma de extensão contida na cláusula da “atuação em lugar de outro”.

Segundo Schünemann, a norma em questão indicaria o caminho a ser trilhado na busca pelo substrato material dos delitos especiais, na medida em que tal norma se prestaria a impedir o tratamento desigual que emanaria da literalidade dos tipos penais especiais, impossibilitando o castigo daquele que, inobstante não reunisse as qualidades requeridas no tipo, ocupasse materialmente a função de quem as detivesse.⁴³⁵

Desse modo, o que deveria fundamentar a destacada reprovabilidade da conduta do *intraneus* nos delitos especiais não poderia ser um *status* formal intransferível, mas sim o exercício de uma dada

dos delitos especiais, Schünemann entende que o conceito não se presta a esclarecer a *ratio essendi* desses mesmos delitos, que, na sua opinião, apenas poderia residir no domínio fático sobre a proteção do bem jurídico. Vide: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 203.

⁴³⁴ Prevê o art. 31.1 do Código Penal Espanhol: “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”. Anteriormente à reforma de 1995, a legislação penal espanhola disciplinava no então art. 15 bis: “*El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*”.

⁴³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 991-992.

função, que colocasse o sujeito principal da norma penal na condição de garantidor do bem jurídico tutelado.⁴³⁶

Para tanto, Schünemann sustenta, também para os delitos especiais, o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, erigindo-o como um critério geral de determinação da responsabilidade a título de autor, capaz de conferir uma unidade sistemática à teoria da autoria.⁴³⁷

O domínio sobre o fundamento do resultado consiste, conforme Schünemann, no controle do autor sobre uma fonte de perigo ou sobre a situação de desamparo do bem jurídico que, em ambos os casos, o torna capaz de tomar a decisão determinante da lesão do bem.⁴³⁸

O domínio está fundado, portanto, numa posição de garantidor que o *intraneus* ocupa em relação ao bem jurídico tutelado, sendo certo que todo aquele que assume, de modo fático, a relação de domínio se coloca em tal posição de garantidor.

Assim, para Schünemann, a cláusula da “atuação em lugar de outro” não se justifica de outro modo senão como a transferência de posições de garantia entre representado e representante, uma vez que a condição de autor nos delitos especiais estaria fundada precisamente na posição de garantidor que ocupa o *intraneus*, mas que, eventualmente, pode ser transmitida para quem o represente.⁴³⁹

O *intraneus*, portanto, é autor do delito especial em razão da posição social que ocupa, a qual lhe possibilita um domínio sobre a vulnerabilidade do bem jurídico-penal em jogo ou sobre uma causa essencial do resultado.⁴⁴⁰

⁴³⁶ Idem, p. 992.

⁴³⁷ Idem, p. 993. Essa unidade sistemática só é possível, conforme Schünemann, quando se constrói a teoria da autoria sobre a estrutura lógica de um conceito tipológico, adaptável caso a caso por meio de regras de semelhanças de casos. O autor acredita, assim, ser possível adotar a mesma tipologia dos delitos comissivos dolosos para os delitos omissivos impróprios e para os delitos especiais (idem, p. 988).

⁴³⁸ Idem, p. 990.

⁴³⁹ Idem, p. 997-998. Segundo Schünemann, “*se orientamos as posições de garantidor conforme o caráter do domínio que efetivamente se possua, chega-se a uma coincidência ideal entre a posição real e a melhor prevenção, e com isso se determina a responsabilidade penal sem deixar de considerar a natureza das coisas*” (idem, p. 1000. Traduzido livremente para o português).

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 236.

4.3.3. O domínio sobre a estrutura social (Gracia Martín)

Assim como Schünemann, Luis Gracia Martín também perquire o fundamento material dos delitos especiais a partir da análise da cláusula da “atuação em lugar de outro”.

Segundo o autor espanhol, “*as cláusulas de atuação em lugar de outro, sejam gerais ou particulares, pretendem resolver o problema político criminal das lacunas de punibilidade que se detectam com relação àquelas figuras delitivas nas quais o tipo do injusto contém características especiais que não podem ser formalmente verificadas no sujeito que realiza a ação típica e com seu comportamento produz a lesão ou perigo do bem jurídico que a norma correspondente quer evitar*”.⁴⁴¹

Da mesma forma como se deu na Alemanha, também na Espanha, os tribunais depararam-se com a problemática que a cláusula em questão visa a solucionar quando do julgamento de delitos, como os fiscais e societários, os quais, não raro, tinham por *intransus* uma pessoa jurídica. Assim, por exemplo, nas hipóteses em que a pessoa jurídica figurava como o contribuinte, sobre o qual incidia o dever de declarar e recolher o tributo devido, ou o devedor, cujo patrimônio era dilapidado em prejuízo de credores.⁴⁴²

⁴⁴¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas. Barcelona: Bosch, 1986, p. 20.

⁴⁴² Muito em síntese, até o ano de 1983, o Código Penal espanhol não previa nenhuma norma a respeito da atuação em lugar de outro. Isso mudou com a cláusula geral incorporada no art. 15, *bis*, posteriormente alterada em 1995, quando o art. 31.1 passou a tratar expressamente da figura do administrador de fato, permitindo a consideração de um *extraneus* como *intransus* quando assumisse o exercício de sua função. A jurisprudência daquele país já admitia a responsabilização do administrador da pessoa jurídica que figurasse como *intransus*, aplicando a teoria do “levantamento do véu” (desconsideração da personalidade jurídica), desenvolvida pelo Direito Privado. A previsão normativa da “atuação em lugar de outro”, no entanto, era reivindicação da doutrina que entendia imprópria a solução jurisprudencial, uma vez que a tese do “levantamento do véu” se destinaria a hipóteses de inexistência concreta da pessoa jurídica, utilizada para mero encobrimento da atividade da pessoa física por detrás. Para uma análise minuciosa dessa evolução legislativa e jurisprudencial, confira-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 175 e ss.; e GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de ‘*extranei*’ en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). *Nuevas tendencias en política criminal*: una auditoría al Código Penal español de 1995. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 53 e ss.

O respeito ao princípio da estrita legalidade demandaria, no entender da doutrina e da jurisprudência daqueles países, a previsão de tal cláusula para a responsabilização da pessoa física que, em nome da pessoa jurídica, tomasse a decisão de evadir tributos ou fraudar credores.⁴⁴³

Também Gracia Martín entende que a busca pelo fundamento material dos delitos especiais guarda estreita relação com a previsão legal – reitera-se, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro – da atuação em lugar de outro, uma vez que a extensão da responsabilidade da autoria ao representante apenas se justificaria caso fosse possível estabelecer uma relação de equivalência entre sua conduta e aquela prevista para o autor do delito especial.

Esse juízo de equivalência, conforme Gracia Martín, só pode ser estabelecido seguindo o procedimento que descreve como: “a) descobrir a ‘ratio essendi’ dos elementos objetivos da autoria; b) analisar as características objetivas pessoais com as quais o representante realiza sua ação, e c) comparar os dois extremos e formular o juízo de equivalência”.⁴⁴⁴

Em síntese, há que descobrir o fundamento material da limitação da autoria nos delitos especiais e verificar se esse mesmo fundamento está presente quando a conduta típica é praticada por alguém que formalmente não ocupe a posição que o legislador exige para a comissão do delito como interveniente principal.⁴⁴⁵

Por certo, para que se possa admitir a transferência da responsabilidade principal a quem não possua o *status* formal do *intranseus*, é preciso colocar o acento da condição especial que legitima a autoria em aspectos materiais, como o efetivo exercício das funções e competências inerentes ao *status* jurídico-formal previsto na norma penal.⁴⁴⁶

Tais aspectos materiais, verificáveis no representante, devem conduzir ao entendimento de que sua conduta possui o mesmo sig-

⁴⁴³ Com mais detalhe, vide: idem, p. 20 e ss. Conforme o mesmo autor, “*salvo unas pocas excepciones, como sería el caso del pequeño empresario individual, la actividad de una empresa se lleva a cabo siempre en la forma de una actuación en nombre de otro*” GRACIA MARTÍN, Luis. Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal. *Estudios del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1995, p. 890.

⁴⁴⁴ Idem, p. 26-27. Traduzido livremente para o português.

⁴⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal cit., p. 890.

⁴⁴⁶ Idem, p. 884.

nificado jurídico que aquela prevista no tipo legal.

Assim, o aspecto elementar para a autoria do representante não será a relação interna de representação, mas sim a relação material e externa que se estabelece com o bem jurídico protegido,⁴⁴⁷ de modo que o representante passa a exercer o domínio social típico do delito especial e assume a posição de garantidor ocupada pelo *intraneus*.

Para Gracia Martín, portanto, o fundamento dos delitos especiais - esse mesmo fundamento que torna possível, mediante a cláusula do atuar em lugar de outro, a autoria de terceiros nos delitos especiais - reside no domínio social que o *intraneus* exerce sobre o âmbito de proteção da norma que, assim como em Schünemann, se traduz em um domínio sobre a vulnerabilidade do bem jurídico tutelado.⁴⁴⁸

E isso porque, conforme Gracia Martín, na grande maioria dos delitos especiais, o bem jurídico protegido se encontra em uma posição diferente da que ocupam os bens jurídicos implicados nos tipos penais comuns.

Para o autor, nesses delitos comuns, o bem jurídico desempenha sua função em espaços sociais acessíveis a todos, de modo que qualquer pessoa que entre em contato com tais espaços pode exercer um domínio sobre a vulnerabilidade do bem.

Em sentido inverso, nos delitos especiais, o bem jurídico protegido encontra-se em estruturas sociais fechadas, nas quais cumpre funções sociais específicas e normativamente disciplinadas. Nessa condição, não se encontra acessível a todos, mas a um grupo limitado de pessoas, razão pela qual, nesses delitos, se opera a limitação típica no âmbito da autoria.⁴⁴⁹

Desse modo, se o exercício da função social se dá de modo correto, conforme previsto, o bem jurídico cumpre com sua destinação. Ao contrário, um exercício incorreto ou defeituoso

⁴⁴⁷ Idem, p. 889-890. Também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del delito* cit., p. 189 e 212.

⁴⁴⁸ GRACIA MARTÍN, Luís. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas* cit., p. 27.

⁴⁴⁹ GRACIA MARTÍN, Luís. *Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal* cit., p. 890-891.

da função frustra as expectativas sociais e acarreta a lesão ou a colocação em perigo do bem tutelado.

O representante que atua em lugar do representado pode, dessa forma, ser autor do delito especial na medida em que exerça materialmente o domínio social, assumindo a posição típica de garantidor. Sua conduta, portanto, pode ser valorativamente equiparada àquela prevista na norma penal.⁴⁵⁰

Por sua vez, o *extraneus* que não atue em lugar do *intraneus*, conforme a cláusula da atuação em lugar de outro, é incompetente para o exercício da função social a que está associado o bem jurídico no delito especial.

A incompetência do *extraneus* faz com que, qualquer que seja sua conduta, não alcance o mesmo desvalor daquela praticada pelo sujeito competente (o *intraneus*). E isso porque, segundo Gracia Martín, os efeitos lesivos das ações praticadas pelo *extraneus* também não têm o mesmo significado para o injusto que aqueles oriundos das ações do *intraneus*, afinal, um dos aspectos essenciais da função social que incumbe ao sujeito qualificado é, precisamente, o controle de perigos para os bens jurídicos em jogo.

Assim, o acesso ao bem jurídico protegido será muito maior para aquele que exerce o domínio social, fazendo com que lhe seja mais fácil o vulnerar. De outro lado, o domínio social também coloca o *intraneus* em posição de garantidor do bem, incumbindo-lhe prevenir que terceiros lhe imponham riscos. Daí porque a conduta do *extraneus*, tendente à lesão do bem tutelado, deve “*ultrapassar as barreiras de controle estabelecidas ou que devem estabelecer os sujeitos competentes para chegar a produzir o resultado*”.⁴⁵¹

Para Gracia Martín, portanto, o substrato material dos delitos especiais reside no exercício de uma função específica que é determinante para a constituição da peculiar relação entre *intraneus* e bem jurídico tutelado, e que o autor denomina “relação de domínio social”.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Evidentemente, sempre que se possa recorrer a uma norma de extensão dos limites típicos como a regra da “atuação em lugar de outro”.

⁴⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luís. Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal cit., p. 892. Traduzido livremente para o português.

⁴⁵² Idem, ibidem. O conceito de domínio social sustentado por Gracia Martín é geral e

4.4. Valoração crítica: o critério do acesso ao bem jurídico protegido

Da análise, ainda que breve, das principais teorias a respeito do fundamento material dos delitos especiais, é possível sinalizar em direção a algumas conclusões que, no capítulo seguinte, auxiliarão a melhor enfrentar o problema central a que se propõe este trabalho: a distribuição da responsabilidade penal entre os distintos intervenientes - *intranei* e *extranei* - em um delito especial.

Antes de avançar no sentido dessas conclusões, necessário fazer aqui uma primeira escolha em favor da manutenção da nomenclatura “delitos especiais”, em desfavor do emprego da expressão “delitos de infração de dever”, o que se dá em razão das abordadas implicações teóricas e práticas que estão associadas ao reconhecimento desta última categoria delitiva.

Em especial, questiona-se o fundamento da limitação típica da autoria na infração de um dever de natureza extrapenal e as consequências extremadas da adoção exclusiva do critério para determinação da responsabilidade principal nos delitos com restrição em sede de autoria.

Parece preferível, nos limites deste estudo, a manutenção da tradicional classificação em delitos especiais e delitos comuns, que leva em conta, tão somente, a existência ou não de limitações à categoria de autoria, em razão de qualidades ou condições pessoais exigidas pela lei.

Essa opção, evidentemente, implica a rejeição da tese dos delitos de infração de dever, o que não significa que determinados pressupostos admitidos pelos defensores dos *Pflichtdelikte* não possam ser aqui compartilhados.

É o caso da existência de uma especial relação jurídica entre *intraneus* e bem jurídico tutelado pelo delito especial, relação essa que,

abstrato, aproximando-se da metodologia empregada por Schünemann. “Um ‘tipo’ ou uma ‘imagem reitora’ que é preciso concretizar caso a caso em função da concreta constelação de fatores concorrentes na ação. O domínio social ‘não se possui ou se detém’. O domínio social ‘se exerce’” (GRACIA MARTÍN, Luís. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas cit.*, p. 27. Traduzido livremente para o português).

como visto, coloca o sujeito qualificado numa posição de garantidor da indenidade do bem.⁴⁵³

Tal posição de garantidor, também parece correto, fundar-se-ia no reconhecimento do *intraneus* como alguém de quem não apenas se espera a abstenção da criação de situações de risco para o bem tutelado, mas também a proteção desse mesmo bem contra perigos que possam se originar de outras fontes.

Com relação ao preciso fundamento material dos delitos especiais, o essencial parece estar na identificação de uma proximidade diferenciada entre autor idôneo e bem jurídico protegido, que garanta àquele um maior acesso ao bem e, assim, o poder de dispor sobre sua lesão ou colocação em perigo.⁴⁵⁴

Nessa destacada acessibilidade ao bem tutelado, que cria ou intensifica o injusto típico, parece ser encontrável a essência da limitação da autoria nos delitos especiais.

Autores, como Rueda Martín,⁴⁵⁵ Gómez Martín,⁴⁵⁶ Fernández Bautista⁴⁵⁷ e Vázquez-Portomeñe Seijas,⁴⁵⁸ seguem a doutrina de Gracia Martín ao considerar que o acesso juridicamente relevante ao bem tutelado não se origina do mero *status* formal de sujeito qualificado, mas, especialmente, do exercício do domínio social típico da função derivada de tal *status*.

Essa distinção entre *status* e função não se mostra apenas relevante para efeitos de justificação da cláusula da “atuação em lugar de outro”, como pode parecer. Com efeito, ela pode auxiliar na busca de soluções mais flexíveis a alguns dos problemas que se costumam verificar no concurso de agentes nos delitos especiais.

Dentre eles, o não afastamento absoluto do critério do domínio e as considerações materiais sobre o desempenho das funções sociais vinculadas ao *status* podem afastar uma possivelmente equivocada equiparação de todas as condutas de *intranei*, sem qualquer análise

⁴⁵³ Assim, ao menos no que diz respeito aos delitos especiais cuja restrição típica se explica por razões jurídicas (item 3.3.2.)

⁴⁵⁴ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit., p. 137.

⁴⁵⁵ Idem, p. 142.

⁴⁵⁶ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 213 e ss.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 252.

⁴⁵⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Op. cit., p. 331.

da contribuição individual de cada sujeito qualificado.

Assim, o cumprimento formal dos requisitos típicos nem sempre poderá implicar uma responsabilização automática a título de autoria, conforme prelecionam os defensores das teorias dos *Pflichtdelikte*. A isso, especificamente, voltar-se-á no próximo capítulo.

O que se afigura relevante, por ora, é a compreensão de que a limitação típica que se opera no âmbito dos delitos especiais parece obedecer a uma questão de acessibilidade - e, conseqüentemente, de maior aptidão para a lesão ou colocação em perigo - do bem jurídico tutelado pelo autor idôneo.

Com isso não se quer dizer que o bem protegido pelos delitos especiais apenas seja acessível ou passível de colocação em risco por meio das condutas tipificadas ou levadas a cabo pelo *intraneus*.

No entanto, parece claro que, nesses delitos, o autor idôneo se encontra em condição de mais facilmente aceder ao bem tutelado e que a previsão legal da sua posição de garantidor representa a tentativa de prevenção do risco mais relevante àquele mesmo bem.⁴⁵⁹

Daí porque a questão do substrato material dos delitos especiais não pareça dever ser reconduzida a um momento anterior ao da formulação da norma penal, pois é ela justamente que delimita o âmbito do jurídico-penalmente relevante, elegendo, dentre as condutas passíveis de vulneração de bens portadores de dignidade penal, aquelas merecedoras da reprovação desse específico ramo do Direito.

Nesse ponto, entende-se que a circunscrição dos autores possíveis não importe, conforme já dito, em limitação dos destinatários da norma que tipifica o delito especial, na medida em que se pode exigir de todos (*intranei* e *extranei*) o respeito ao bem ou valor ali tutelado. O que se encontra restrito é o âmbito da autoria, intervenção principal cujo sentido exsurge do próprio tipo da parte especial.

A questão da acessibilidade ao bem tutelado por ocasião de uma peculiar relação jurídica com o autor idôneo desponta, pois, elementar para a compreensão do especial conteúdo de injusto dos delitos especiais, a justificar a própria intervenção do Direito Penal

⁴⁵⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit., p. 140. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Op. cit., p. 323-325.

(caso dos delitos especiais próprios) ou uma maior reprovação desta esfera jurídica (caso dos delitos especiais impróprios).

4.5. Implicações para a tradicional classificação dos delitos especiais em próprios e impróprios: são os delitos especiais impróprios legítimos delitos especiais?

Conforme já se adiantou no capítulo anterior (item 3.3.1), há quem questione a subscrição dos delitos especiais impróprios à categoria dos delitos especiais. É a posição sustentada por Robles Planas, para quem os delitos especiais impróprios não constituem figuras distintas dos delitos comuns, apenas contêm agravações de carácter pessoal.⁴⁶⁰

Essa mesma postura, embora não defendida de forma tão enfática, encontra-se em Stratenwerth⁴⁶¹ e em muitos dos penalistas brasileiros, que definem os delitos especiais impróprios como aqueles que apenas modificam a pena imposta para o delito comum correspondente.⁴⁶²

Entende-se, assim, que os delitos especiais impróprios não sejam qualitativamente distintos dos delitos comuns paralelos, mas meros subtipos deles.⁴⁶³

O delito de peculato, portanto, não diferiria do delito de furto ou de apropriação indébita, consistindo na mera agravação da pena de quaisquer destes. O mesmo valeria para o infanticídio em relação ao homicídio simples.

Especialmente a respeito da figura do infanticídio, voltar-se-á mais adiante, neste mesmo item sobre os delitos especiais impróprios.

Antes disso, importa aludir ao pensamento daqueles outros autores que, em sentido contrário, reconhecem nos delitos especiais

⁴⁶⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales* cit., p. 126.

⁴⁶¹ Tanto assim que o autor sustenta a ruptura do título de imputação nas hipóteses de concurso de *intraneus* e *extraneus* em um delito especial, devendo o *extraneus* responder pelo tipo comum correspondente (STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 252).

⁴⁶² Dentre vários: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral* cit., p. 112-113; BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 96.

⁴⁶³ Conforme explica GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit., p. 439.

impróprios figuras juridicamente distintas (em termos qualitativos) dos correspondentes delitos comuns.

Essa é a opinião de Gómez Martín, que classifica o delito especial impróprio como delito *sui generis*, gozando, assim, de autonomia em face do delito comum paralelo.⁴⁶⁴ Conforme tal entendimento, o injusto típico do delito especial impróprio seria qualitativamente diverso do tipo de injusto do delito comum.

Expõe o autor que a “teoria do *delictum sui generis*” foi desenvolvida pela doutrina alemã, que buscou apontar os principais indícios da existência de um delito *sui generis*. Segundo o ponto de vista predominante, esses indícios poderiam ser elencados como: (i) a previsão de um *nomen iuris* próprio; (ii) a imposição de um distinto marco penal, desvinculado daquele do delito comum correspondente; (iii) a topografia do tipo penal especial em um capítulo distinto daquele em que se encontra o delito comum; e (iv) a disciplina de um tipo criminológico ou normativo de autor.⁴⁶⁵

Embora adepto da ideia de um delito *sui generis* para os tipos especiais impróprios, Gómez Martín repudia os critérios formais da doutrina alemã, sustentando que o único método passível de identificação de um delito com tal característica seria o da interpretação teleológica.

Assim, embora mencionados critérios formais possam ser indicativos dessa autonomia típica em relação a outros delitos, entende Gómez Martín que o definitivo é a própria especialidade do conteúdo de injusto das figuras em análise, o que se identifica principalmente na proteção de um bem jurídico diverso daquele tutelado pelo delito comum.

Particularmente, entende o autor espanhol que muitos dos delitos especiais impróprios não protejam apenas bens jurídicos individuais, mas também interesses difusos ou coletivos. O objeto de proteção expresso pela vontade da lei seria, conforme a opinião de Gómez Martín, o critério definitivo pelo qual se poderia afirmar o caráter *sui generis* de um dado delito, embora o próprio autor reconheça que nem sempre é trabalho simples a identificação do bem tutelado.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Idem, p. 451.

⁴⁶⁵ Idem, p. 453.

⁴⁶⁶ Idem, p. 499-505. Na mesma linha: COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 358.

Trazendo essas considerações para o Direito Penal brasileiro, parece razoável admitir, seja com base em considerações formais, seja recorrendo a uma interpretação que busque identificar os fins normativos, que os delitos especiais impróprios que atendem a uma ideia de acessibilidade ao bem tutelado e a uma posição de garantia (conforme item 4.4) podem ser tidos como legítimos delitos especiais.

Assim, a figura do peculato (art. 312 do Código Penal), se comparada à do furto (art. 155 do Código Penal), representa mais do que a ofensa ao patrimônio alheio e, desse modo, um delito contra a propriedade.

Sabe-se que o funcionário público que subtrai bem de particular comete o delito comum de furto. Da mesma forma, o particular que toma bem público também incide na figura do art. 155 do Código Penal.

O que particulariza a figura do peculato não é apenas a condição de funcionário público do autor, mas também a agressão a um bem a ele confiado, que pode ser definido como a correta gestão da Administração Pública.

É certo, neste caso, que o bem jurídico tutelado não é apenas o patrimônio público (bem individual), mas o regular funcionamento da estrutura administrativa (bem supraindividual), confiada ao funcionário no exercício de suas funções.⁴⁶⁷

Por essa razão teleológica, parece difícil sustentar que o peculato consista, tão somente, em uma hipótese de furto ou apropriação indébita agravada pela condição do sujeito ativo principal ser funcionário público.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Assim, também RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit., p. 144.

⁴⁶⁸ A esse respeito, confira-se a opinião de Mir Puig: “*Aunque en los delitos contra la Administración Pública es natural que la condición de funcionario público de lugar a delitos especiales, la misma condición no tiene por qué tener el mismo efecto como regla en toda clase de delitos. En los delitos contra la Administración Pública el carácter de funcionario afecta a la propia esencia del injusto, porque condiciona el ataque al bien jurídico central en tales tipos; pero ello no sucede cuando se agrava la intervención del funcionario en delitos que atacan bienes jurídicos completamente distintos (tráfico de drogas, libertad, patrimonio, etc.). (...) Agravaciones como ésta (...) no afectan a la esencia del delito transformándolo en otro distinto, sino que tienen un carácter estrictamente personal: configuran elementos típicos accidentales que no determinan un cambio de delito, sino sólo que se castigue más al sujeto autoridad o funcionario que comete el mismo delito*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 402).

Afinal, se a questão se cingisse ao abuso do cargo para atentar contra o mesmo bem jurídico comum, a solução legislativa deveria ter sido prever uma causa de aumento de pena no próprio art. 155 do Código Penal, técnica empregada em diversos outros tipos penais, como, por exemplo, os arts. 150, § 2º, do CP (violação de domicílio agravada pela condição de funcionário público) e 168, § 1º, incs. I a III, do CP (apropriação indébita agravada pela condição jurídica de depositário, tutor, liquidante etc.).

Mesmo com apego a um critério formal, portanto, é possível sustentar que, quisesse o legislador apenas agravar a pena do funcionário público na hipótese do peculato, teria empregado a mesma técnica legislativa que se verifica em diversos outros tipos previstos na nossa lei penal. Tudo indica, portanto, que o crime do art. 312 do Código Penal possui um conteúdo de injusto que não se identifica com o dos delitos comuns paralelos, e, nessa medida, constitui uma figura dotada de autonomia.

Importa aqui tecer um breve comentário a respeito da figura típica do infanticídio.

Já foi dito, no capítulo primeiro deste estudo (item 1.1), que o infanticídio (art. 123 do Código Penal) não apenas sempre foi considerado um exemplo de delito especial (impróprio) previsto pela nossa legislação penal, como foi também a figura que centrou maior atenção de nossa doutrina.

A figura, no entanto, apresenta uma série de particularidades que, tudo indica, não lhe permitem a extensão das considerações aqui tecidas a respeito da caracterização e do fundamento material dos delitos especiais.

O primeiro aspecto que chama a atenção no delito de infanticídio é a previsão de um patamar penal consideravelmente mais baixo do que aquele aplicável ao que seria o delito comum paralelo: o homicídio simples.⁴⁶⁹

O infanticídio, assim, seria o único dos delitos especiais que, ao invés de consolidar uma maior reprovabilidade penal do indivíduo qualificado, o consideraria menos merecedor de pena que o sujeito

⁴⁶⁹ Enquanto o crime do art. 121 do Código Penal, prevê pena de reclusão de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, o delito do art. 123 é apenado com detenção de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

comum que praticasse a exata mesma conduta, contra o mesmo bem jurídico tutelado.

A explicação para esse paradoxo está em que o crime de infanticídio – este sim – não configura legítimo delito especial, ainda que tenha o âmbito de autoria restrito a determinado sujeito ativo.

A esse não se aplica o fundamento material consistente na maior acessibilidade ao bem jurídico protegido, que colocaria o autor idôneo na condição de garantidor da indenidade desse bem. Fosse assim, a mãe que, sob estado puerperal, atentasse contra o recém-nascido, mereceria uma resposta mais gravosa, e não mais branda, do Direito Penal.

A explicação para a especial tipificação dessa conduta, portanto, não passa pela limitação da autoria à figura da mãe, mas sim pela condição biopsicológica conhecida como “estado puerperal”.

É, portanto, o apego a uma capacidade reduzida de discernimento e expressão de vontade consciente, por parte da mãe, que torna sua conduta menos merecedora da reprovabilidade penal ou merecedora de uma reprovação mais suave.

Sendo assim, o infanticídio parece estar muito mais relacionado a uma hipótese de limitação da culpabilidade do que da autoria propriamente dita. É evidente que só a mãe poderá ser autora, mas isso não se dá em razão da tentativa de prevenir comportamentos lesivos que possam partir especialmente dela, mas pelo simples fato de ser a única que, biopsicologicamente, está sujeita ao puerpério.

Daí porque a classificação do delito de infanticídio como delito especial quicá não seja correta. Afinal, tudo indica que a figura seria mais bem definida como hipótese expressa de semi-imputabilidade, assemelhando-se à figura do homicídio privilegiado, prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal.

O afastamento do caráter de delito especial do infanticídio acarreta importantes consequências para a questão da codelinquência. O capítulo quinto, item 5.3.1, aborda o tema em breves linhas.

CAPÍTULO 5

CONCURSO DE AGENTES NOS DELITOS ESPECIAIS: A VALORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DO *EXTRANEUS*

5.1. Considerações preliminares

O capítulo que ora se inicia tem por finalidade proceder a uma análise das conformações que pode assumir o concurso de pessoas nos delitos especiais, avaliando as soluções ofertadas pelas principais teorias contemporâneas a respeito da atribuição da responsabilidade jurídico-penal.

Tendo em vista as críticas versadas no capítulo segundo sobre as teorias da autoria que se desenvolveram no âmbito de um conceito unitário e extensivo de autor, bem como a pouca transcendência dessas teorias nas legislações e no pensamento doutrinário atuais, abdicar-se-á de avaliar como lidam (ou lidariam) com a problemática de que se passa a ocupar.⁴⁷⁰

Sob o conceito restritivo de autor, preferido pela grande maioria dos estudiosos do tema da codelinquência, centrar-se-á nas soluções oferecidas pela teoria dos delitos de infração de dever⁴⁷¹ e pelas teorias que manejam um conceito centrado no critério do domínio, tanto fático quanto normativo, incluindo, nesse rol, a ideia da pertinência do delito.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Sinteticamente, essa questão é abordada quando da exposição de cada uma dessas teorias, no próprio capítulo segundo.

⁴⁷¹ A despeito do debate sobre uma suposta regressão da teoria dos *Pflichtdelikte* ao conceito extensivo de autor (item 4.2.4), é certo que foi desenvolvida no contexto de uma doutrina já inequivocamente inclinada à adoção de um sistema diferenciador, com foco nas diferenças objetivas entre o comportamento do autor e do partícipe.

⁴⁷² As teorias objetivas clássicas, embora desenvolvidas dentro de um conceito restritivo de

Com efeito, as questões mais problemáticas dizem respeito ao concurso de *intraneus* e *extraneus*, embora, como visto no capítulo antecedente, se discuta sobre a possibilidade de reconhecer, na contribuição de diversos *intranei*, distinto caráter.

Assim, conforme as teorias que entendem residir o fundamento material dos delitos especiais não no *status* formal ocupado pelo *intraneus*, mas sim no exercício material do domínio sobre a função inerente a tal *status*, é possível que o *intraneus* não seja necessariamente autor do delito especial correspondente.

Esse ponto de vista, inadmissível para os defensores da teoria dos delitos de infração de dever,⁴⁷³ é sustentado por autores cujo entendimento pode ser resumido pela fórmula “dever + domínio”, representando a necessidade, pela qual advogam, de serem levados em consideração tanto aspectos formais (na fórmula, retratado pela ideia do dever) quanto materiais (identificado pelo domínio) que evidenciam a posição de garantidor que é própria do interveniente principal.

Para estes autores, dentre os quais se incluem Schünemann, Gracia Martín, Mir Puig, Gómez Martín e Fernández Bautista, não basta o exercício do domínio sobre a situação fática, e, portanto, a possibilidade de atingir a integridade do bem protegido, nem a mera ostentação formal da condição de *intraneus* para que se possa imputar a autoria do delito especial.⁴⁷⁴

Daí porque seria possível, sempre segundo esse entendimento, que diferentes *intranei* que interviessem para a comissão de um

autor, tampouco serão tratadas neste capítulo. Uma análise crítica dessas teorias, inclusive com relação à questão da codelinquência nos delitos especiais, pode ser consultada no item 2.2.2.2.1 deste estudo.

⁴⁷³ Conforme Roxin, nos delitos de infração de dever é indiferente a forma pela qual o *intraneus* intervém no delito, bastando a infração do dever extrapenal que sobre ele recai (op. cit., p. 385 e ss.). Essa é também a postura de JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación* cit., p. 718; e SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Op. cit., p. 183 e ss.

⁴⁷⁴ Por todos, a opinião de Quintero Olivares: “*El imperativo del tipo es terminante y no admite excepciones: autor principal de un delito especial lo puede ser únicamente la persona comprendida en la esfera de autores determinada por el tipo (...), como es lógico esto no significa en absoluto que cualquier intervención de un ‘intraneus’ pueda ser sin más considerada como autoría principal*” (Los delitos especiales... QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 77-78).

mesmo delito especial recebessem, cada qual, distinto tratamento jurídico sob o prisma da responsabilidade penal.

Embora todos estejam formalmente aptos a assumir a condição de autor do crime - ao contrário do que sucederia com os *extranei* - seria necessário verificar se, concretamente, teriam exercido o controle que a lei pressupõe tenham sobre a lesão ou colocação em risco do bem tutelado.

A possibilidade de um *intraneus* não ser autor do correspondente delito especial é, como se vê, uma questão não pacífica na doutrina, opondo defensores e críticos da teoria dos delitos de infração de dever.

A despeito dessa ausência de uniformidade de entendimentos, certo é que a grande discussão sobre o tema do concurso de agentes nos delitos especiais está relacionada à valoração do comportamento do *extraneus* que intervém para favorecer o crime, seja contribuindo materialmente de forma menor, seja assumindo um papel determinante sob o ponto de vista do domínio final.

É sobre essa problemática que as próximas linhas se debruçarão, não com vistas a apresentar uma solução fechada - o que seria incompatível com as limitações deste estudo - mas no intuito de fornecer bases para um debate doutrinário que, ao que parece, deve ser travado com maior profundidade também aqui no Brasil.

5.2. Delitos especiais próprios

5.2.1. Hipótese 1: o *extraneus* que participa da ação faticamente dominada pelo *intraneus*

Pode-se questionar, como visto, a inafastabilidade da condição de autor do indivíduo qualificado. Contudo, não se discute que, à diferença do *extraneus*, o *intraneus* está sempre formalmente apto a assumir tal condição, ao menos quando se está diante de um delito especial próprio (item 3.3.1).

Mencionada aptidão formal converte-se em imperiosidade, qualquer que seja a teoria da autoria eleita, quando o *intraneus* exerce materialmente o domínio da atividade delitiva. Esse domínio

pode apresentar-se sob quaisquer das formas da autoria singular: autoria direta ou autoria mediata, conforme o delito seja praticado pessoalmente ou por meio de instrumento desprovido de vontade, conhecimento ou liberdade.

A admissão da autoria mediata nos delitos especiais, com instrumentalização do *extraneus* pelo *intraneus*, é indiscutida como regra geral,⁴⁷⁵ havendo uma hipótese que, conforme leciona Gimbernát Ordeig, excetuará a regra: a da prática de delito que, ademais de especial, se caracterize por ser de mão própria.⁴⁷⁶

Seria o caso de alguns crimes militares, como os de insubmissão e abandono de posto (respectivamente, arts. 183 e 195 do CPM). Nesses delitos, a autoria mediata do *intraneus* não seria admitida, uma vez que os crimes de mão própria exigem que o autor pratique pessoalmente a conduta típica (item 3.2.1).

Com relação ao *extraneus* que colabora para a execução do delito materialmente dominado pelo *intraneus*, a doutrina predominante entende por sua punibilidade, sempre a título de participação.

Pense-se no funcionário de instituição financeira que presta auxílio material para que diretores desviem patrimônio da pessoa jurídica em benefício próprio; ou no funcionário da Justiça que, instigado pelo advogado e querendo beneficiá-lo, retarda prática de ato de ofício.

Nessas hipóteses, tanto sob a ótica do domínio final do fato quanto pela ótica de quaisquer das teorias lastreadas numa ideia normativa de domínio ou na concepção da infração do dever, o *extraneus*, se punível, será como mero partícipe.

⁴⁷⁵ Para Quintero Olivares, “*el razonamiento es sencillo: quien puede cometer un delito por sí mismo puede hacer lo mismo valiéndose de otro. En la actualidad, la cuestión queda todavía más clara al darse un reconocimiento legal expreso a la construcción de la autoría mediata*” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 105).

⁴⁷⁶ Essa é, segundo o autor, a opinião dominante. Para ele, no entanto, haveria mais uma hipótese que afastaria a possibilidade de autoria mediata do *intraneus*. Essa hipótese seria a do delito especial resultativo de meios determinados. Para Gimbernát Ordeig, quando o tipo prevê uma conduta específica pela qual se deva atingir o resultado proibido, também não se admite a autoria mediata, mas apenas a autoria direta. Segundo o autor, as opiniões em sentido contrário, por mais que se justifiquem a partir de considerações ontológicas e de justiça material, não se sustentam em face do princípio da legalidade (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 200 e ss.). Também é a posição de Quintero Olivares, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 106.

E isso porque, de um lado, não detém o domínio sobre o acontecer típico e, de outro, não reúne nem ao menos os requisitos típicos formais que o converteriam em autor idôneo do delito especial.

Tal é a solução predominantemente sustentada na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, que, por ser defensável sob quaisquer dos pontos de vista doutrinários a respeito do critério de responsabilização penal aplicável aos delitos especiais, não gera muitas dúvidas.

Inobstante a postura prevalente a respeito da punibilidade do *extraneus* (sempre como partícipe), há, consoante já aludido, uma corrente minoritária da teoria dos *Pflichtdelikte* que advoga pela impunidade do indivíduo não qualificado que colabora para o delito especial.

Na Espanha, o grande defensor dessa corrente na atualidade é Ricardo Robles Planas. A particularidade da opinião do autor espanhol tem como origem a ideia de que os tipos de delito previstos na Parte Especial dos Códigos Penais não disciplinariam apenas a conduta principal do autor, mas neles se subsumiria diretamente toda forma de ataque ao bem tutelado, inclusive as modalidades de participação.

Segundo Robles Planas, que se vale da terminologia cunhada por Mir Puig, o delito “pertenceria” não só ao autor, como sustenta o Catedrático da Universidade de Barcelona, mas a todos os intervenientes que, sendo autorresponsáveis, responderiam, cada qual, por seu próprio injusto.⁴⁷⁷

Como Robles Planas é adepto da teoria dos delitos de infração de dever, entende que o determinante para a responsabilização penal por delitos dessa classe seria, precisamente, o descumprimento do dever que fundamentaria a norma restritiva da autoria.

⁴⁷⁷ O autor sustenta essa opinião para o que classifica como “delitos especiais de dever”, em oposição aos “delitos especiais de posição”. Segundo Robles, estes não configuram legítimos delitos especiais, pois a limitação do círculo de autores estaria fundada na mera possibilidade concreta de atentar contra o bem jurídico tutelado. O autor exemplifica com o delito fiscal, cujo sujeito ativo apenas pode ser o contribuinte, independentemente do descumprimento de deveres que configurem a posição do *intraneus* (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales* cit., p. 129 e ss.).

A peculiaridade de sua tese consiste em que, como opina pela subsunção de cada intervenção diretamente na norma especial, tem para si ser exigível a condição de obrigado especial (*intraneus*) não apenas do autor, mas também do partícipe. Chega, assim, à solução da impunidade do *extraneus*, qualquer que seja, objetivamente, a intensidade de sua contribuição ao delito.⁴⁷⁸

Como se disse, essa postura é claramente minoritária na doutrina. E isso se dá tanto porque a maior parte dos autores entende existir, entre autoria e participação, uma relação de acessoriedade e, assim, uma relativa dependência entre o injusto do partícipe e o injusto do autor⁴⁷⁹ quanto pela indesejável solução da impunidade do *extraneus*, que contraria o sentimento de justiça e a regra expressa no nosso art. 29 do Código Penal, que castiga a participação que favorece a conduta criminosa alheia.

Assim, conforme Gómez Martín, “à falta de um delito comum paralelo, o delito especial seria, de fato, o único delito em jogo. Nessa classe de delitos, a responsabilidade pela participação no delito especial se apresentaria, assim, como a única alternativa possível frente à insatisfatória solução da impunidade”.⁴⁸⁰

Em síntese, admitindo-se a punibilidade do *extraneus* que contribui para a prática delitiva materialmente dominada pelo *intraneus*, a solução a que chegam - por meio de fundamentos jurídicos bastante diversos, é verdade - todas as teorias ora analisadas (teoria do domínio final, teoria da infração de dever, teoria do domínio normativo e pertinência do delito) é a mesma: o *intraneus* é autor; o *extraneus* é partícipe.

⁴⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites* cit., p. 242 e ss. O autor é criticado, dentre outras razões, pela criação de um sistema que recupera o tão combatido conceito unitário de autor. Embora Robles Planas se defenda de tal acusação (p. 267), a solução proposta para a intervenção do *extraneus* não deixa muitas dúvidas quanto às consequência práticas a que conduz. Afinal se, por um lado, conforme a teoria dos *Pflichtdelikte*, toda e qualquer contribuição do *intraneus* é considerada autoria e, por outro, o *extraneus* que colabore para o delito de infração de dever seja sempre impune, resulta que não resta espaço para a participação. Demais objeções, vide: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 406 e ss.

⁴⁷⁹ Vide item 2.2.2.2.

⁴⁸⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 434 e ss. Traduzido livremente para o português. Conforme o autor, a questão complica-se quando se está diante de um delito especial impróprio. Esta hipótese será tratada adiante, no item 5.3.

5.2.1.1. A propósito do problema do “instrumento doloso não qualificado”

A solução quase uniforme da doutrina acerca da punibilidade do *intraneus* como autor direto ou mediato e do *extraneus* como partícipe já não se sustenta em face do caso limite do chamado “instrumento doloso não qualificado”, no qual um *intraneus* se vale de um *extraneus* para praticar um delito especial próprio.

Ocorre que, à diferença da hipótese tradicional da autoria mediata, que garantiria a punibilidade do sujeito qualificado de trás, no caso do “instrumento doloso não qualificado”, o *extraneus* que pratica o crime não o faz apenas de mão própria, mas com plena consciência e vontade de fazê-lo, ou seja, com dolo.⁴⁸¹

Tamanhas as dificuldades relacionadas a essa situação excepcional, que, já se disse, se atribui a Roxin o desenvolvimento da teoria dos *Pflichtdelikte* justamente para dar conta de resolvê-las satisfatoriamente.⁴⁸²

Afinal, aplicando-se corretamente a teoria do domínio final do fato, seria inevitável reconhecer o domínio nas mãos do *extraneus*, figurando o *intraneus* como mero instigador.⁴⁸³

Tendo em vista, contudo, que o *extraneus* não pode ser autor de um delito especial, por não ostentar as condições exigidas no tipo de delito, e que o *intraneus* não pode responder como partícipe de um delito sem autor, em virtude do caráter acessório da participação, a aplicação da tradicional formulação da teoria do domínio final conduziria, fatalmente, à impunidade de ambos os indivíduos, o qualificado e o não qualificado.

⁴⁸¹ O exemplo de que se vale Roxin é o do delito de “administração desleal”, que guarda certa similaridade com nosso tipo penal de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei federal 7.492/86). Imagina, assim, o caso do administrador que se encontra em outro continente e pede a um terceiro *extraneus* que efetue saques de capital da pessoa jurídica, enviando-o ao estrangeiro, onde ambos repartem os valores.

⁴⁸² Confira-se item 4.2.2, em especial nota 369.

⁴⁸³ “A especificidade dos casos que estamos discutindo consiste em que os requisitos de que depende a autoria nos delitos especiais (qualificação de autor e execução da ação) se dão em duas pessoas distintas. O ‘intraneus’ realiza em sua própria pessoa apenas o pressuposto da qualificação de autor. Com respeito à ação, ao contrário, dado que esta é realizada dolosamente pelo ‘extraneus’, seu comportamento tem a estrutura da instigação” (STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 244, traduzido livremente para o português).

O preço da impunidade - dupla, neste caso - é sempre considerado elevado, especialmente quando contraria o sentimento de justiça material. E é assim, pois a lacuna jurídica produzida pela hipótese do “instrumento doloso não qualificado” poderia representar uma “saída” para a prática impune de um delito especial próprio.

Tanto assim que, mesmo antes do desenvolvimento da teoria dos delitos de infração de dever, por Roxin, a doutrina e a jurisprudência alemãs já resolviam esses casos atribuindo ao *intraneus* a condição de autor mediato. O que não se verificava, no entanto, era uma correta fundamentação dogmática para essa solução, conforme o entendimento do autor alemão.⁴⁸⁴

A solução encontrada por Roxin, já se disse, consistiu no afastamento da teoria do domínio do fato em favor da exclusiva aplicação da tese da infração de dever. Modificando-se o critério de identificação da conduta principal, seria possível atribuir ao *intraneus* a autoria do delito especial, a despeito da carência de domínio material sobre o acontecer típico.

Assim, concluía Roxin que o *intraneus* não seria simples instigador, mas verdadeiro autor mediato do delito especial, em razão de ostentar o papel de obrigado especial, único fator determinante para afirmação da autoria.⁴⁸⁵ O *extraneus*, por sua vez, como “cooperador sem infração de dever”, só poderia responder a título de participação.

A fundamentação teórica ofertada por Roxin para manter a solução da autoria mediata do *intraneus* não passou incólume às críticas da doutrina.

Alguns dos autores que acolheram a teoria dos *Pflichtdelikte*, com destaque para Jakobs, Sánchez-Vera e Silvina Bacigalupo, identificaram uma incoerência interna na proposta de Roxin. Para estes autores,

⁴⁸⁴ Segundo Roxin, autores como Hans Welzel, Reinhart Maurach e Wilhelm Gallas tentaram justificar sob o critério do domínio a autoria mediata do *intraneus* nas hipóteses de instrumento doloso não qualificado. Para o autor, no entanto, a partir dos fundamentos da teoria do domínio do fato não há como justificar a autoria do indivíduo qualificado (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* cit., p. 280 e ss.).

⁴⁸⁵ Para Roxin, enquanto nos delitos de domínio a autoria mediata consistiria na instrumentalização de outrem mediante coação, engano ou aparato organizado de poder, nos delitos de infração de dever bastaria que alguém obrigado pelo dever especial deixasse em mãos de terceiro não obrigado a execução exterior da ação (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* cit., p. 360 e ss.).

o fundamento da autoria na mera infração do dever conduziria a que o *intraneus*, independentemente de cometer pessoalmente o delito ou por meio de outro, seria sempre autor direto.

A estrutura da autoria mediata, conforme apontado por mencionados autores, não comportaria os delitos de infração de dever.⁴⁸⁶ A solução adequada, defendem, consistiria na punição do *intraneus* como autor direto, mantendo-se o castigo do *extraneus* como partícipe.⁴⁸⁷

Outros penalistas, não adeptos da teoria dos *Pflichtdelikte*, objetaram mais duramente contra a proposta de Roxin para resolução dos casos de “instrumento doloso não qualificado”.

Assim, Gimbernat Ordeig acusou Roxin de formular uma teoria artificial, que atribui a um indutor o caráter de autor mediato apenas para garantir o castigo *a todo custo* de um comportamento que resultaria impune.⁴⁸⁸

Também sustentou Gimbernat que essa solução, ademais de artificial, violaria o princípio de legalidade ao considerar como autoria uma conduta típica de participação (indução).⁴⁸⁹

Para Ferré Olivé, que reforça o ponto de vista de Gimbernat, desde uma perspectiva de *lege lata*, não haveria alternativa possível à impunidade, que seria um preço a ser pago em favor da correta aplicação dos princípios e normas jurídico-penais.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ Vide itens 4.2.3 e 4.2.4.

⁴⁸⁷ “En la práctica, para quienes sostienen que la simple infracción de deber caracteriza ya la autoría, debería carecer de trascendencia la distinción de si cabe o no en estos delitos la posibilidad de admitir la autoría mediata, pues la infracción del deber debería caracterizar sin más la autoría. Parecería que en la construcción de Roxin se recurre a la autoría mediata, porque, a pesar de su nueva formulación sobre los delitos de infracción de deber, no deja de ser tenido en cuenta que el instrumento debe realizar un hecho que tiene que dominar” (BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 90).

⁴⁸⁸ O autor completa: “El que convence a un sujeto plenamente responsable para que realice un hecho punible es, para la doctrina, en todos los delitos que no son especialmente propios, un indutor; se es autor mediato cuando de alguna forma – el ejecutor es inimputable o actúa bajo miedo insuperable o sujeto a error, etcétera – el inmediato no realiza una acción libre. Sólo en base a una teoría subjetiva podría justificarse – afirmando que el funcionario indutor tiene el ‘animus auctoris’ – la autoría mediata del ‘intraneus’; pero las teorías subjetivas son falsas y están superadas” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 231).

⁴⁸⁹ Idem, p. 266.

⁴⁹⁰ “Considero que la solución debe venir marcada por las siguientes líneas. En primer lugar, por la idea que la incorporación de una calificación en el autor de un delito especial conlleva necesariamente lagunas de punibilidad, que no deben ser completadas a

Abanto Vázquez considera que, de fato, esse seria o resultado incontornável do que qualifica como uma “*aplicação conseqüente da teoria do domínio do fato*”,⁴⁹¹ considerando que, na medida em que o “instrumento” detém o controle sobre o sucesso, agindo livremente, deixa de ser “instrumento”.⁴⁹² Para o autor, contudo, a dupla impunidade nesta hipótese é intolerável.⁴⁹³

Isso explica o porquê de a doutrina dominante reconhecer, no caso do “instrumento doloso não qualificado”, uma hipótese especial de autoria mediata, em geral, fundamentada normativamente.⁴⁹⁴

Assim, para Jescheck e seu “domínio normativo-psicológico”,⁴⁹⁵ deve-se levar em conta que o delito especial próprio jamais poderia ser cometido sem a mediação ou a cooperação do *intra-neus*, sem a qual tampouco a conduta do *extra-neus* teria relevância para o Direito Penal. Segundo o autor, dado que a colaboração do indivíduo qualificado é determinante para o delito, haveria que se reconhecer nela o caráter de autoria normativo-psicológica.⁴⁹⁶

Também no sentido do reconhecimento da autoria mediata do *intra-neus* no caso do “instrumento doloso não qualificado” é a opinião de Mir Puig, porém, fundamentada em sua teoria da pertinência do delito

Para Mir Puig, a negativa ao reconhecimento dessa hipótese de autoria mediata dá-se desde uma perspectiva de domínio naturalístico, entendido como controle sobre o fato. Já sob o ponto de vista

través de la interpretación. Hay que aceptar la impunidad de ciertas conductas, aunque lesionen bienes jurídicos. Si verdaderamente se desea evitar dichas lagunas, el único camino es el de las reformas legales. (...) Una vez que se opta por la creación de un delito especial, no es admisible ninguna interpretación que pretenda corregir esa laguna contrariando así el espíritu de la ley” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. cit., p. 1026).

⁴⁹¹ Esse também o ponto de vista de Quintero Olivares, para quem “*la figura del instrumento doloso es rechazable en todos los casos, el sujeto que actúa consciente y voluntariamente no es ya un instrumento*” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal: parte general*. Op. cit., p. 640). A mesma opinião encontra-se em *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 100-101.

⁴⁹² Também Jescheck considera que a fórmula da autoria mediata tem aplicação restrita àquelas hipóteses em que o executor do delito não pode ser considerado plenamente responsável (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 605).

⁴⁹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., p. 7.

⁴⁹⁴ Cf. Stratenwerth, citando como alguns dos autores que compartilham desse entendimento Roxin, Maurach e Jescheck (op. cit., p. 243).

⁴⁹⁵ Vide item 2.2.2.2.3.2, nota 221.

⁴⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 610.

da pertinência do delito, sustenta o autor espanhol, a autoria deve ser atribuída ao sujeito que, dentre os causadores do delito, o possa ter imputado objetiva e subjetivamente.⁴⁹⁷

Conforme Mir Puig, em sentido similar ao de Jescheck, o risco tipicamente relevante que constitui o delito pressupõe, necessariamente, a conduta do *intraneus* - ao contrário, não pressuporia necessariamente a conduta do *extraneus* que, ao menos hipoteticamente, poderia ser substituída pela ação do próprio *intraneus* ou de qualquer outro indivíduo qualificado - o que constituiria base objetiva suficiente para que o delito devesse ser imputado como obra do *intraneus*.⁴⁹⁸

Sustentam a opinião de Mir Puig alguns de seus discípulos, como Fernández Bautista⁴⁹⁹ e Gómez Martín, o qual manifesta que *“a teoria da ‘pertenencia del hecho’ defendida por Mir Puig tem a virtude de apresentar-se como um critério coerente para a determinação da autoria num rol de casos, o do ‘instrumento doloso não qualificado’, para o qual os restantes critérios propostos pela doutrina fracassariam radicalmente”*.⁵⁰⁰

Segundo Gómez Martín, o determinante para a imputação da autoria nos casos ora analisados seria a criação, com vontade consciente em relação aos elementos objetivos do tipo, de um risco tipicamente relevante que se materializasse no resultado. Esses dois requisitos seriam verificáveis na figura do *intraneus* e permitiriam afirmar que o delito ou o injusto – e não o fato, como fenômeno empírico – pertenceria ao indivíduo de trás.

Uma última perspectiva sobre o fenômeno do “instrumento doloso não qualificado” é a ofertada por Schünemann⁵⁰¹ e Gracia Martín,⁵⁰² que buscam resolver a questão acudindo à cláusula da “atuação em

⁴⁹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 381.

⁴⁹⁸ Segundo Mir Puig, ninguém se encontraria em melhor posição para disputar com o *intraneus* a pertinência do delito (idem, ibidem).

⁴⁹⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Op. cit., p. 140 e ss.

⁵⁰⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 380. Traduzido livremente para o português.

⁵⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Die bedeutung der ‘besondere persönliche Merkmale’ für die strafrechtliche teilnehmer – und vertreterhaftung*” (2), *Jura*, 1980, p. 575 e ss., apud GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “extranei” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, cit., p. 69.

⁵⁰² GRACIA MARTÍN, Luís. *El actuar en lugar de otro: teoría general*. Zaragoza: Publicações da Universidade de Zaragoza, 1985. v. 1, p. 176.

lugar de outro”, prevista nos Códigos Penais da Alemanha e da Espanha (itens 4.3.2 e 4.3.3).

Para mencionados autores, o recurso à estrutura da autoria mediata seria, na linha das expostas opiniões de Gimbernat Ordeig, Quintero Olivares e Ferré Olivé, inapropriado. Propõem, assim, mediante o emprego da cláusula da “atuação em lugar de outro”, a compreensão do fenômeno como hipótese de representação do *intraneus* pelo *extraneus*.

Segundo este entendimento, o *extraneus* deveria responder como autor direto do delito especial, em virtude da norma de extensão que consubstanciaria a cláusula da “atuação em lugar de outro”. Por sua vez, o *intraneus* limitar-se-ia ao papel de instigador.

Diversas são as objeções a tal solução. Em primeiro lugar, considera-se ilegal o recurso à cláusula da “atuação em lugar de outro”, uma vez que não se trataria de real hipótese de representação, a qual pressuporia a assunção, pelo *extraneus*, da função social desempenhada pelo *intraneus*.⁵⁰³ Em segundo lugar, a solução parece atentar contra a ideia do fundamento material dos delitos especiais quando sugere seja mais severamente punido o *extraneus* ao invés do *intraneus*.

Neste ponto, Gómez Martín acusa a proposta de Schünemann e Gracia Martín de ser “*político-criminalmente contraproducente*”, além de questionável sob a ótica do merecimento e da perspectiva preventiva da necessidade de pena, em especial com relação ao *intraneus*.⁵⁰⁴

No Brasil, considerando a ausência de previsão da cláusula da “atuação em lugar de outro”, essa não seria uma alternativa interpretativa possível à problemática do “instrumento doloso não qualificado”. Aqui, haveria que se optar entre a dupla impunidade, a autoria mediata do *intraneus* (conforme as teorias do domínio normativo ou da infração de dever de Roxin) e a autoria direta do qualificado, sustentada por Jakobs e Sánchez-Vera.

Para Nilo Batista, o recurso à autoria mediata poderia encontrar guarida na previsão legal, como autoria, de diversas condutas que, sob a perspectiva do domínio fático, haveriam que ser consideradas

⁵⁰³ BACIGALUPO, Silvina. Op. cit., p. 112-113.

⁵⁰⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “*extranei*” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 cit., p. 69.

como participação. O autor exemplifica com figuras do próprio rol dos delitos funcionais, como as expressões “*ou concorre para que seja subtraído*”, do crime de peculato (art. 312, § 1º, do CP), “*ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo*”, do crime de violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326 do CP).⁵⁰⁵

O argumento pode ser reforçado, no sentido de afastar a acusação de violação do princípio da legalidade, pelo fato de que o Código Penal Brasileiro não define, em momento algum, o que sejam autoria e participação, assegurando à doutrina a possibilidade de moldar os conceitos dentro dos demais parâmetros legais e conforme critérios de política criminal.

A compreensão ontológica⁵⁰⁶ desses conceitos, comumente sustentada pela doutrina pátria,⁵⁰⁷ parece tratar-se de mera opção interpretativa e não exatamente de um imperativo legal. A adoção de um conceito de bases mais normativas, e, portanto, de caráter adscritivo, possivelmente abriria caminhos para sua melhor operacionalização.

5.2.2. Hipótese 2: o *extraneus* que domina faticamente a atividade delitiva

A segunda hipótese geral envolvendo o concurso de pessoas nos delitos especiais próprios é a do *extraneus* que exerce o con-

⁵⁰⁵ Para Nilo Batista, essas expressões, dentre outras, demonstrariam ainda que a autoria nos respectivos delitos funcionais não estaria baseada no domínio sobre o acontecer típico, mas sim na infração do dever funcional (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 146 e nota 466).

⁵⁰⁶ Expressão empregada com a ressalva de Santiago Mir Puig, para quem “*es cuestionable la expresión ‘concepto ontológico’ de autor. La filosofía analítica ha puesto de manifiesto que las cosas no tienen una esencia necesaria, implicada en ellas mismas, sino que las concebimos a través de la mediación convencional del lenguaje. El concepto de una cosa depende del significado convencional de las palabras con las que las designamos. No existen conceptos ontológicos, sino conceptos convencionales. (...) El llamado ‘concepto ontológico’ de autor no es más que el concepto que la doctrina actualmente dominante en nuestro país y en otros (no todos) considera preferible. Es, pues, preferible, denominarlo ‘concepto doctrinal’*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 366).

⁵⁰⁷ A exemplo da opinião de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, para os quais: “*(...) os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico. Numa conduta de escrever um livro o conceito de autor não se distingue, fundamentalmente, do conceito de autor na conduta de escrever uma carta injuriosa*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., 4. ed., p. 664).

trole sobre a atividade delitiva, prestando o *intraneus* colaboração sem domínio do fato.

Se o domínio pelo *intraneus* não gerava muitos problemas concretos, embora as idênticas soluções se pudessem fundamentar desde pontos de vista teóricos bastante diversos, a hipótese que se passa a analisar torna repercutível na prática tal diferença de embasamento dogmático.

Assim, a manutenção do critério do domínio final sobre o fato à hipótese vertente conduz, inevitavelmente, à impunidade, tanto do *extraneus* que controla o fato quanto do *intraneus* que colabora, novamente em virtude da impossibilidade legal de o *extraneus* responder como autor de um delito especial e do caráter acessório da participação, que torna a punibilidade do indivíduo qualificado dependente do castigo do interveniente principal.

Tome-se, como exemplo, o delito do art. 18 da Lei federal 7.492/86, imaginando a situação do funcionário de instituição financeira que, mediante mera colaboração do gestor da pessoa jurídica, viola sigilo de operação.

Ainda que tenha o gestor da instituição financeira o conhecimento da operação, em razão de seu cargo, caso a conduta de violação seja perpetrada pelo *extraneus* (revelando a operação a terceiros, por exemplo), a quem não incumbe o dever de sigilo, tanto ele quanto o *intraneus* que lhe possibilite o acesso à informação restariam impunes conforme a teoria do domínio do fato.

A solução da dupla impunidade é, também, aqui, considerada indesejável pela doutrina adepta da teoria da infração de dever. Para os autores que a sustentam, já se viu, é absolutamente irrelevante saber quem, entre indivíduo qualificado e indivíduo não qualificado, exerce o domínio sobre o acontecer típico. Aqui, o único aspecto que importa é a infração do dever pelo especialmente obrigado.

Mais uma vez, a teoria dos *Pflichtdelikte* resolve de forma simples a tormentosa questão, apontando que o *intraneus* será autor e o *extraneus* partícipe. Consequência da mudança radical do critério determinador da figura central do delito.

Essa também é a solução à qual se chegaria pela via das teorias normativas do domínio e da pertinência do delito, desde que

o *intraneus* colaborador tenha, conforme o exemplo acima, agido dolosamente.

Nesse caso, será possível justificar que, ainda que o *intraneus* não tenha dominado materialmente a ação, deve responder como autor, na medida em que viabilizou, conscientemente, a prática de um delito que o *extraneus*, de forma isolada, jamais poderia ter cometido.⁵⁰⁸

A situação complica-se se supusermos a contribuição causal de um *intraneus* que age sem consciência ou liberdade de agir.

5.2.2.1. A propósito do problema do “instrumento qualificado que atua sem dolo”

A hipótese que ora se coloca é consideravelmente menos discutida na doutrina do que a já abordada questão do “instrumento doloso não qualificado”. Embora provavelmente mais difícil de ser verificada na prática, a hipótese do “instrumento qualificado sem dolo” ou “instrumento imprudente qualificado” é, talvez, ainda mais problemática.

Aqui, ao contrário da situação que caracteriza o caso do “instrumento doloso não qualificado”, é o *extraneus* quem instrumentaliza o *intraneus* para praticar uma conduta apenas prevista como delito especial próprio. O sujeito de trás, não qualificado, engana ou coage o *intraneus* para que execute o delito.

Tomando como exemplo o crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do CP), suponha a enfermeira do hospital que, conscientemente, induz o médico em erro, fazendo com que deixe de comunicar as autoridades competentes sobre doença cuja notificação é compulsória.

Partindo-se da teoria do domínio do fato, é inevitável reconhecer que o *intraneus*, apto a assumir a condição de autor do delito especial, não detém o domínio sobre o acontecer típico. Este se encontra nas mãos do *extraneus* que, no entanto, não possui as características

⁵⁰⁸ Assim a conclusão de Mir Puig, ao afirmar que “*en los delitos especiales propios la calificación de la intervención del ‘extraneus’ como participe en el delito del ‘intraneus’ es la única posible, puesto que no existe ningún otro delito en la Parte Especial que realice el ‘extraneus’*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general* cit., p. 401).

ou condições exigíveis para que possa assumir a condição de autor.

A impunidade de ambos os intervenientes se verifica, novamente, incontornável quando se recorre ao critério do domínio naturalístico para solução dos casos de “instrumento qualificado sem dolo”.

Para Quintero Olivares, a ideia de deixar sem castigo o *extraneus* que instrumentaliza o *intraneus* para a comissão de um delito especial é repugnante, uma vez que, mediante seu comportamento, lesiona um interesse social. No entanto, nem mesmo esse argumento possibilitaria afastar o infranqueável princípio da legalidade, que não admite a autoria mediata do *extraneus* em um delito especial próprio.⁵⁰⁹

A aparentemente inevitável lacuna de punibilidade gerada por esses casos é desafiada pela teoria dos delitos de infração de dever que, como visto e revisto, considera suficiente para a afirmação da autoria a violação do dever especial que vincula o *intraneus*.

Assim, segundo Roxin, a participação como “intervenção sem infração de dever”, ao contrário do que ocorre nos delitos de domínio, prescinde de uma conduta principal dolosa, bastando seja a intervenção do *intraneus* típica em termos objetivos (item 4.2.2). Essa construção permite a Roxin fundamentar a responsabilidade do *extraneus* como instigador, ainda que a conduta do autor se tenha verificado num contexto de erro de tipo ou de culpa em sentido estrito.⁵¹⁰

Assim, conforme a teoria dos delitos de infração de dever, a solução para o caso analisado seria a mesma sustentada para a situação rigorosamente oposta - do instrumento doloso não qualificado - ou seja, considerar o *intraneus* autor (ainda que possa não ser punível) e o *extraneus* partícipe, com a única diferença de que, aqui, a autoria do qualificado seria direta e não mediata.

A polêmica opinião de Roxin, que afasta a relevância do elemento subjetivo do tipo nos delitos de infração de dever, não é compartilhada

⁵⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 115.

⁵¹⁰ “Nossa solução é obrigatória, uma vez aceites esses dois pressupostos: que neste grupo de delitos apenas a infração do dever fundamenta a autoria e que a participação, aqui como em todas as partes, é de natureza secundária, isto é, não requer mais que a intervenção sem infração do especial dever. Estas duas teses até agora não foram reconhecidas, ainda que sem elas não seja possível entender corretamente os delitos especiais” (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* cit., p. 403, traduzido livremente para o português).

pelos defensores de uma perspectiva normativa sobre o domínio para resolução do concurso de pessoas nos delitos especiais.

E, sendo essa a única alternativa teórica que possibilitaria o castigo nos casos de “instrumento qualificado sem dolo”, também entendem dificilmente contornável a lacuna de punibilidade que se produz, ao menos nos casos de culpa em sentido estrito, quando o delito especial próprio prevê, como de costume, apenas a figura dolosa.⁵¹¹

No Brasil, Nilo Batista critica a desenfreada tentativa de evitar a impunidade pela via do recurso às ferramentas dogmáticas. Para o autor, a criação legislativa dos delitos especiais implica “*restrições à punibilidade que não devem ser tomadas como desafios pela imaginação dos dogmáticos; assim se evitarão soluções artificiais e equivocadas no sentido de preencher vácuos de punibilidade*”.⁵¹²

O autor parece ter sua parcela de razão, em especial ante a hipótese ora analisada. Afinal, soa ao menos curiosa a tentativa de empreender a todo custo a punição do *extraneus* que determina a prática de um delito especial próprio quando, isoladamente, esse mesmo *extraneus* não cometeria delito algum praticando integralmente a conduta prevista no tipo de delito.

Se o legislador quis restringir o alcance do delito a apenas um rol de indivíduos é porque, ainda que pessoas não qualificadas possam colocar em risco ou até mesmo lesionar o interesse ou o valor tutelado, isso não seria suficientemente relevante para justificar a intervenção do Direito Penal.

Poder-se-ia contra-argumentar alegando certa desproporcionalidade da resposta penal que considera partícipe o *extraneus* que apenas colabora para um delito especial próprio perpetrado pelo *intraneus*, mas deixa-o impune quando domina a mesma prática delitiva.

⁵¹¹ Em alguma gama de casos talvez fosse possível sustentar o dolo eventual do *intraneus*. A situação de impunidade também seria diversa se a figura típica estivesse prevista na modalidade culposa. Para Gómez Martín, fora desses casos, a única alternativa *de lege lata* para evitar a impunidade seria empreender uma interpretação extensiva do conceito de “administrador de fato”, constante da cláusula da “atuação em lugar de outro”, do art. 31.1 do Código Penal Espanhol (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “*extranei*” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 cit., p. 71-72).

⁵¹² BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 88.

Para tal crítica, a única resposta possível seria considerar que, no primeiro caso, o *extraneus* concorre para uma ação ou omissão penalmente relevante, pois a relevância do ato não estaria nele mesmo apenas, mas também em quem o realiza.⁵¹³ Na segunda hipótese, não haveria comportamento selecionado pelo Direito Penal, daí porque, inobstante a entidade da intervenção do *extraneus* e a possível vulneração de um bem jurídico, o castigo não seria juridicamente justificável.

Tudo indica, assim, que a hipótese da autoria mediata do *extraneus* não possa ser aqui apreciada, uma vez que, se não pode ser autor direto do delito especial, tampouco poderá ser autor mediato. De outra sorte, a indução (necessariamente dolosa) a uma conduta imprudente impossibilitaria o próprio concurso de agentes, o qual pressupõe o acordo de vontades.⁵¹⁴ Não parece haver, portanto, solução juridicamente apta a afastar a impunidade nesse caso, ao menos conforme nosso sistema penal.

5.3. Delitos especiais impróprios

5.3.1. Unidade *versus* ruptura do título de imputação

Os problemas concretos envolvendo o concurso de pessoas nos delitos especiais impróprios passam necessariamente pela eleição entre a unidade e a ruptura do título de imputação.

Como visto, os tipos penais integrantes dessa subclasse dos delitos especiais preveem condutas que encontram correspondência em figuras típicas comuns (item 3.3.1). Um mesmo fato, portanto, pode ser reconduzido a dois tipos penais diversos: o delito especial, quando

⁵¹³ Essa é a opinião de Gómez Martín, para quem: “A mi modo de ver, en los delitos especiales carece de sentido determinar la materia de prohibición separando el sujeto de la acción. No es correcto afirmar, por ejemplo, que prevaricar está prohibido en general, es decir, que es típico, pero que cuando quien prevarica no es un funcionario, sino un particular, entonces la conducta no será antijurídica porque no infringe el deber jurídico especial. (...) Como materia de prohibición, como objeto de la norma prohibitiva, la acción de prevaricar es, por tanto, indisociable del sujeto ‘prevaricador’. Acción de prevaricar y sujeto que prevarica formarían un todo inescindible” (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 84-85).

⁵¹⁴ Exigência que também se depreende do teor do art. 29, § 2º, do Código Penal.

o autor é *intraneus*; e o delito comum, quando o autor é *extraneus*.

A situação obviamente se complica quando *intraneus* e *extraneus* concorrem para a prática desse mesmo fato subsumível em duas figuras delitivas. Os defensores da unidade do título de imputação sustentam que ambos os intervenientes devem responder pelo mesmo delito, seja ele especial ou comum. Para quem defende a possibilidade de cisão do título de imputação, cada qual deve responder por seu respectivo delito: *intraneus*, pelo especial; *extraneus*, pelo comum.

A defesa da ruptura do título de imputação ficou a cargo, na Espanha, das ditas “teorias individualizadoras”. Para os partidários desse ponto de vista,⁵¹⁵ o caráter pessoal dos elementos que limitariam a autoria aos indivíduos qualificados nos delitos especiais impossibilitaria sua comunicabilidade aos intervenientes não qualificados.

Tais elementos, vistos como “circunstâncias modificativas da pena”, indicariam que os delitos especiais impróprios não teriam uma essência diversa dos delitos comuns correspondentes. Ao contrário, seriam meras formas agravadas destes.

Essas considerações conduzem, assim, à conclusão de que, quando *intraneus* e *extraneus* concorrem para a prática de um mesmo fato previsto como delito especial e como delito comum, cada qual deve responder conforme a pena aplicável ao crime que lhe corresponda.

No Brasil, a possibilidade de ruptura do título de imputação foi considerada sob o ponto de vista da “tese pluralística”, que considerava cada interveniente como autor do delito pelo qual seria responsável. Abolia-se, assim, por completo, a própria noção de codelinquência que, como visto, tem por requisito fundamental a unidade de delito.⁵¹⁶ Nesse caso, seria mais bem sustentada uma hipótese de autoria colateral.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Gómez Martín faz menção a Estéban Juan Pérez Alonso, Juan Bustos Ramírez, Enrique Peñaranda Ramos e Gonzalo Rodríguez Mourullo, entre outros autores que defendem ou já defenderam as teorias individualizadoras na Espanha. A defesa desses autores dava-se, basicamente, a partir do teor de dispositivos do Código Penal Espanhol, notadamente do art. 60 do Código de 1973, e do atual art. 65, que tratam das circunstâncias pessoais agravantes ou atenuantes (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 439 e ss.).

⁵¹⁶ Vide item 1.3 e nota 44.

⁵¹⁷ “Em sentido diametralmente oposto coloca-se a tese pluralística (...) Essa teoria leva logicamente à abolição das formas de concurso criminoso, nada existindo além da

Em favor da solução preconizada por mencionada tese advogaria a máxima segundo a qual cada um deve responder por seu próprio injusto (princípio da autorresponsabilidade) e a constatação de que, por vezes, o próprio legislador cinde o título de imputação. Exemplo disso, no nosso Código Penal, são as figuras do aborto consentido pela gestante (art. 124) e do aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante (art. 126).⁵¹⁸ Também a corrupção passiva (art. 317) e a corrupção ativa (art. 333).⁵¹⁹

Aqui, a tese pluralística chegou a ser defendida para o delito de infanticídio (art. 123 do CP), objetivando-se, assim, que o *extraneus* que colaborasse para o delito praticado pela puerpera não se beneficiasse de sua pena reduzida.⁵²⁰

Opondo-se às teorias individualizadoras⁵²¹ ou pluralísticas, as chamadas “teorias unitárias” ou “monísticas”, majoritariamente adotadas pelos sistemas penais vigentes, sustentam a unidade do título de imputação, seja para afirmar que todos os intervenientes devem responder pelo delito especial impróprio, seja para declarar que se

simples concomitância de vários crimes diversos e independentes. Em outras palavras: cada um desses crimes autônomos, vinculados apenas por uma relação de simultaneidade, tem seu autor único e exclusivo, não havendo consequentemente lugar para a cumplicidade” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 30).

⁵¹⁸ Daí porque o concurso de pessoas no delito especial (por motivos naturais) do aborto provocado (ou consentido) pela gestante, do art. 124 do CP, não gera muitos problemas práticos, já que o próprio Código Penal prevê uma figura autônoma pela qual pode responder o *extraneus* que concorre para o crime.

⁵¹⁹ Assim, se o particular oferece vantagem indevida e o funcionário público aceita, não se estimará participação do funcionário no crime do particular nem o contrário, mas cada interveniente responderá como autor do delito que lhe corresponder.

⁵²⁰ Hungria foi forte defensor da ruptura do título de imputação para o infanticídio, embora repudiasse a mesma solução para os demais delitos especiais. O que justificaria a diferença de tratamento, segundo o autor, seria o caráter personalíssimo do estado puerperal, incomunicável aos demais intervenientes no delito. Segundo o autor: “*A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no ‘concurso delinquentium’ é, na verdade, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado ‘sob a influência do estado puerperal’*” (HUNGRIA, Nelson. Op. cit. [v. 5], p. 266).

⁵²¹ Na Itália, a ruptura do título de imputação também se sustentou de forma um pouco mais comedida pela “tese dualística”. Por meio de tal tese, sustentava-se que todos os autores deveriam responder por um crime e todos os partícipes por outro. Leciona Figueiredo Ferraz que tal tese foi encampada por Vincenzo Manzini, sob o ponto de vista de que “*a consciência e vontade de concorrer num delito próprio confere unidade ao crime praticado pelos autores; e a de participar no delito de outrem atribui essa unidade ao praticado pelos cúmplices*” (FIGUEIREDO FERRAZ, Esther. Op. cit., p. 30).

devem submeter às penas do delito comum paralelo. Sustentam, assim, que embora o *extraneus* não possa ser autor do delito especial, nada o impede de responder como partícipe do mesmo delito.

Para os adeptos de tais teorias unitárias ou monísticas, a tese individualizadora ou pluralística ofenderia a unidade do título de imputação como regra geral e o princípio da acessoriedade da participação.

Como visto, aludido princípio refere-se à participação como um conceito dependente da autoria e, assim, referido ao sentido jurídico-penal da conduta principal. A relevância jurídica da conduta do partícipe deveria estar ajustada, assim, ao comportamento do autor, que daria sentido ao fato para o qual aquele contribui.⁵²²

O princípio da acessoriedade (quantitativa) da participação encontra previsão no art. 31 do Código Penal Brasileiro,⁵²³ que dispõe que o ajuste, a determinação ou a instigação e o auxílio só são puníveis quando o autor dá início à execução do delito, ou seja, quando este entra em fase de tentativa.

Também já se viu que a adoção de mencionado princípio é possivelmente o traço mais característico de um sistema diferenciador⁵²⁴ entre autoria e participação, majoritariamente eleito pela doutrina como aquele que melhor lida com a problemática do concurso de pessoas.

A teoria monística é, ainda, sustentada pela doutrina pátria com base em alguns dispositivos do Código Penal. Em geral, faz-se menção aos artigos que empregam a palavra “crime” no singular. Assim, os arts 29, 30 e 31.⁵²⁵

Aqui parece - e sobre o tema voltar-se-á mais adiante (item 5.4) - que o objeto do mencionado art. 30 do Código Penal, que trata das chamadas “circunstâncias comunicáveis”, seja precisamente a garantia da unidade do título de imputação também nos delitos especiais, fazendo com que, mesmo aqueles indivíduos que não ostentem, eles próprios, as características exigidas no tipo (*extranei*), se submetam às penas do delito especial.

⁵²² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 450.

⁵²³ Vide item 2.2.2.2.2 e nota 184.

⁵²⁴ Confira-se nota 187.

⁵²⁵ FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 35 e ss.

Assim, tudo indica que o fato de o próprio Código Penal prever hipóteses de ruptura do título de imputação deva ser visto como exceção à regra adotada pelos dispositivos da Parte Geral a respeito da teoria monística que, portanto, apenas pode ser afastada pelo próprio legislador quando assim dispuser expressamente.

A opção pela unidade do título de imputação também é apontada pela doutrina como forma de afirmação da autonomia dos delitos especiais impróprios em relação aos correspondentes delitos comuns, negando consubstanciarem meras formas agravadas ou atenuadas destes últimos.⁵²⁶

Na linha do exposto no item 4.5, parece razoável admitir que o delito especial impróprio se diferencie, também, em termos qualitativos do delito comum paralelo por não coincidirem os conteúdos de injusto de cada qual. Assim, na medida em que o delito especial impróprio costuma tutelar, além do bem individual normalmente protegido pelo delito comum correspondente, também um valor difuso ou coletivo.

Admitindo-se a regra da unidade do título de imputação, a controvertida questão que se coloca diz respeito a se *intraneus* e *extraneus* em concurso deverão responder pelo delito especial impróprio ou pelo paralelo delito comum. Dessa questão ocupar-se-ão os itens seguintes.

Antes disso, no entanto, importante dedicar mais algumas linhas à análise da figura do infanticídio, a cuja peculiaridade já se aludiu no capítulo anterior.

Ali se indagou se o crime de infanticídio, normalmente apontado como delito especial impróprio, seria efetivamente integrante de mencionada categoria delitiva, concluindo-se negativamente para afirmar que a limitação do âmbito da autoria nesse tipo delitivo não partilharia os mesmos fundamentos materiais dos delitos especiais.

Como visto, o infanticídio parece ser mais bem explicado como espécie de homicídio privilegiado em razão de uma semi-imputabilidade derivada da concreta condição biopsicológica da mãe.⁵²⁷ Nesse

⁵²⁶ Assim, novamente, a opinião de GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 466.

⁵²⁷ Importante assinalar que a figura do infanticídio sofreu significativas alterações com as reformas pelas quais passou a parte especial no nosso Código Penal. Em 1940, o orde-

mesmo sentido, parece ser o item 40 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, no qual se lê:

“O infanticídio é considerado um ‘delictum exceptum’ quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora dali, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio”.

Nota-se, assim, que o próprio Código Penal, em sua Exposição de Motivos, refere que apenas faz sentido falar em infanticídio - e não em homicídio - se estiver comprovada, no caso concreto, a redução da capacidade de culpabilidade da puérpera.

Tudo parece indicar, portanto, que inobstante o infanticídio esteja previsto como figura autônoma no nosso Código Penal, não deva ser compreendido como algo além de um subtipo do delito de homicídio.⁵²⁸

Nesse caso, afastando-se a caracterização do infanticídio como delito especial impróprio, parece defensável a ruptura do título de imputação na hipótese de concurso de pessoas, de modo que os inter-

namento pátrio afastou o critério tradicional de proteção à honra da mãe, substituindo-o pela noção fisiopsicológica, fundada na possível relação do crime com perturbações físicas e psíquicas decorrentes da gravidez e do parto. A respeito dessa evolução legislativa e de seus fundamentos, confira-se MUAHAD, Irene Batista. *O infanticídio: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária*. São Paulo: Mackenzie, 2002, p. 145. O novo elemento típico (influência do estado puerperal), contudo, também não se vê livre de críticas, uma vez que inexistente certeza científica a respeito da dimensão do fenômeno que, segundo o legislador pátrio, importaria em uma redução da culpabilidade da mãe. Assim sinaliza SOUZA, Carlos Magno de. O puerpério e suas controversas definições. *Revista da Faculdade de Direito de Valencia*, Valencia, ano 1, n. 1, p. 265 e ss., 1998.

⁵²⁸ Assim, Esther de Figueiredo Ferraz manifestou seu inconformismo com a possibilidade de o *extraneus* beneficiar-se da pena reduzida ao se considerar o infanticídio delito especial impróprio: “A injustiça dessa consequência é evidente e, no entanto, não pode ser evitada na sistemática do nosso estatuto penal, sendo imperdoável assim que o legislador brasileiro haja incluído, entre as circunstâncias elementares do crime de infanticídio, uma verdadeira causa de diminuição da responsabilidade penal como seja a influência do estado puerperal” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 41-42).

venientes que não se encontrem na específica condição biopsicológica do estado puerperal, respondam pelo delito principal de homicídio.

Sendo essa uma alternativa interpretativa ao debatido problema, não há dúvidas de que o recomendável para dirimir definitivamente a questão, e evitar o desconforto da habitual solução de submeter o terceiro também à figura privilegiada do infanticídio, seria promover uma específica alteração legislativa no dispositivo,⁵²⁹ a exemplo do que se deu, na Espanha, com a definitiva supressão das figuras de parricídio e infanticídio.⁵³⁰

5.3.1.1. Hipótese 1: o *extraneus* que participa da ação faticamente dominada pelo *intraneus*

A primeira das conformações que pode assumir o concurso de qualificado e não qualificado em um delito especial impróprio, e também a que menos desafia a doutrina, é a contribuição menor do *extraneus* no delito dominado pelo *intraneus*.

Aqui, apenas se vislumbram duas alternativas possíveis, que dependem tão somente da abordada escolha entre a ruptura e a unidade do título de imputação.

Assim, caso se admita a possibilidade de cindir o título da imputação, será sustentável a responsabilização do *intraneus* como autor do delito especial, e do *extraneus* como autor ou partícipe⁵³¹ do delito comum correspondente. Cada qual responderia, portanto, conforme a figura delitiva que individualmente pudesse cometer.

De outra sorte, adotada a teoria monística (ou unitária) - preferi-

⁵²⁹ Para tanto, existe Projeto de Lei em curso no Senado Federal (n. 113, de 2004), que pretende incluir parágrafo único no art. 123 do Código Penal, definindo que se apliquem as penas previstas ao delito de homicídio ao coautor ou partícipe do delito de infanticídio. Na doutrina, Andrés Augusto Balestra sustentou a supressão total da figura, entendendo que a situação de semi-imputabilidade em que pode se encontrar a puerpera estaria bem amparada pelos dispositivos da Parte Geral do Código Penal (BALESTRA, Andrés Augusto. Op. cit., p. 71).

⁵³⁰ O que se deu precisamente em razão das dificuldades em lidar com o concurso de agentes nesses delitos, habitualmente considerados especiais impróprios. Pelas mesmas razões, Abanto Vázquez também propõe sejam tais figuras suprimidas do Código Penal Peruano (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., p. 16).

⁵³¹ A depender da teoria individualizadora eleita ou da opção entre a tese pluralística e a dualística.

da pela doutrina e também no âmbito deste trabalho - chegar-se-á à conclusão de que o *intraneus* deverá responder como autor do delito especial e o *extraneus* como partícipe desse mesmo delito.

Eleita a teoria monística, portanto, colocando-se o acento no domínio do fato (naturalístico ou normativo) ou na infração do dever, de uma forma ou de outra, o resultado na hipótese ora avaliada será sempre o mesmo. O que varia, no entanto, é a fundamentação da solução conforme as distintas teorias.

Assim, o recurso ao critério do domínio final conduziria a considerar o *intraneus* autor do fato. Como é a autoria que determina o crime praticado e o autor é um indivíduo qualificado, o delito seria necessariamente o especial impróprio, para o qual concorreria como partícipe o *extraneus*.

Optando-se pelo critério da infração de dever, independentemente do fato de ter o *intraneus* dominado o fato, será sempre autor do delito especial impróprio, pela simples razão de que, nesses delitos, a autoria se baseia na mera violação do dever especial. O *extraneus*, não pela entidade de sua contribuição, mas pela cooperação sem infração de dever, responderia como mero partícipe.

As teorias normativas do domínio, cada qual à sua forma, justificariam a autoria do *intraneus* pelo fato de ser ele quem pode controlar, e, em alguma medida, controla, a realização do delito - não os acontecimentos naturalísticos - sendo o *extraneus* mero colaborador sem domínio normativo.

A postura unânime da doutrina, no que diz respeito à solução do concurso de *intraneus* e *extraneus* nos delitos especiais impróprios, complica-se quando se invertem os papéis, colocando o domínio naturalístico do sucesso nas mãos do indivíduo não qualificado.

5.3.1.2. Hipótese 2: o *extraneus* que domina faticamente a atividade delitiva

Nesta segunda e derradeira hipótese, é o *extraneus* quem exerce o domínio sobre o acontecer típico, executando pessoalmente ou instrumentalizando o *intraneus* para a prática de uma conduta disciplinada, ao mesmo tempo, como delito especial impróprio e

como delito comum.

Admitindo-se a ruptura do título de imputação, a solução seria, novamente, cada qual responder por seu delito. Assim, o *intraneus*, pelo delito especial, e o *extraneus*, pelo delito comum.

No entanto, optando-se pela unidade do título de imputação, surge a questão a respeito de qual será o delito a cujas penas se submeterão os intervenientes: se o delito especial impróprio ou o delito comum.

A solução majoritariamente sustentada na doutrina,⁵³² sob influência do critério do domínio naturalístico, é a de que o delito conjuntamente perpetrado neste caso é o comum, na medida em que é o *extraneus* quem se comporta de forma mais relevante e, assumindo assim a condição de autor, determina o delito praticado.

Conforme Quintero Olivares, “*quando em um fato que esteja tipificado como delito especial e como delito comum intervêm ‘intranei’ e ‘extranei’, a responsabilidade de todos os codelinquentes se determina conforme o delito cometido pelo autor em sentido estrito. Se este é um ‘intraneus’, todos, inclusive os ‘extranei’, responderão pelo delito especial, e vice-versa: se o autor em sentido estrito é um ‘extraneus’, os ‘intranei’ responderão sobre a base do delito comum’*”.⁵³³

A definição do autor, e, por via de consequência, do delito perpetrado, dá-se, conforme essa solução, com fundamento no critério do domínio. Sendo o *extraneus* autor do delito comum, o *intraneus* responde como partícipe desse mesmo delito.

Recorrendo-se ao critério da infração de dever, a solução é aquela diametralmente oposta. Da modificação do critério definidor da autoria, resulta que o interveniente principal, a despeito de não ostentar o domínio sobre o fato, será o *intraneus* e, sendo assim, o delito para o qual colabora o *extraneus* será o especial impróprio e não o comum. Admitindo-se a punibilidade do partícipe *extraneus*,⁵³⁴

⁵³² Defendem essa postura, entre outros, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 268; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español* cit., p. 115 e *Manual de derecho penal: parte general* cit., p. 639-640; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., p. 10; FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 44-45; e BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 145-146.

⁵³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. op. cit., p. 268, traduzido livremente para o português.

⁵³⁴ Considerando que há parcela minoritária da doutrina que sustenta a impunidade do *extraneus* que intervém nos delitos especiais (item 5.2.1).

este apenas poderá responder como partícipe.

É esse também o resultado sustentado por Mir Puig e por Gómez Martín, defensores da concepção da pertinência do delito. Segundo Mir Puig, a opção pelo delito especial impróprio em detrimento do delito comum motiva-se pela lógica ante a situação de concurso aparente de normas, que conduziria à necessidade de eleger, dentre as figuras possíveis, aquela que compreendesse o total desvalor do fato. Isso implicaria, na situação em tela, a escolha pela participação do *extraneus* no delito especial imputável como autor ao *intraneus*, por ser essa a qualificação mais grave.⁵³⁵

A ideia é desenvolvida por Gómez Martín, que sustenta possível se afirmar a existência de uma relação de especialidade entre o delito comum e o especial impróprio, considerando que a norma especial abarcaria por completo o âmbito de aplicação da norma geral, acrescentando-lhe elementos adicionais. Ante tal relação, haveria que prevalecer o delito especial, qualquer que fosse a distribuição de papéis entre os intervenientes.⁵³⁶

Apesar da admissão da fundamentação da prevalência do delito especial com base no concurso aparente de normas, Gómez Martín prefere valer-se da ideia de que os delitos especiais impróprios seriam delitos *sui generis* e, assim, apesar da aparente semelhança com delitos comuns, difeririam destes principalmente pela “*especialidade de seu tipo de injusto, do objeto da proibição penal*”.⁵³⁷

Transpondo essa consideração a uma hipótese concreta: suponha-se o particular que, mediante uma contribuição pequena do funcionário público, como a cópia das chaves de uma repartição pública, se dirige ao local, o adentra e subtrai bens da Administração Pública.

Sob a ótica do domínio final, o delito perpetrado teria sido um furto com participação do *intraneus*. Já sob o ponto de vista ora tratado, a colaboração do *intraneus*, ainda que de menor entidade, em uma conduta de subtração de bens da Administração Pública, não poderia ser compreendida como delito comum.

⁵³⁵ Conforme o autor, “*la posible autoría del delito común no incluiría el desvalor que supondría participar en el delito más grave del funcionario, por lo que no podría desplazar esta calificación*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general cit., p. 401).

⁵³⁶ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales* cit., p. 494).

⁵³⁷ Idem, p. 501, traduzido livremente para o português.

E isso porque o bem jurídico ofendido pela prática descrita não teria sido apenas o patrimônio estatal, mas também a confiabilidade social na correta gestão desse patrimônio, valor este que só se pôde ofender a partir da contribuição do *intraneus* para o ataque aos bens públicos. Estaria, assim, configurada a prática do delito especial de peculato.

A questão, longe de ser pacífica e de pretender-se resolver nestas linhas, parece receber algumas luzes a partir dessas últimas considerações.

Resta saber em que medida nosso ordenamento jurídico se encontra apto a recepcionar as propostas vistas até aqui, do que depende uma análise da disciplina do art. 30 do Código Penal.

5.4. As chamadas “circunstâncias comunicáveis”: interpretação integradora do art. 30 do Código Penal Brasileiro

Inobstante a pouca clareza do teor do art. 30 do Código Penal, doutrina e jurisprudência têm convergido para um entendimento comum, já praticamente consagrado no Direito Penal brasileiro.

A respeito do dispositivo, que prevê “*não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”, os doutrinadores pátrios costumam ensinar existirem dois tipos de circunstâncias do delito: de um lado, as objetivas ou reais;⁵³⁸ de outro, as subjetivas ou pessoais.⁵³⁹

⁵³⁸ “Dizem-se reais (ou objetivas) as que afetam a execução ou materialidade do crime, isto é, as que concernem à natureza, espécie, meios, objeto, tempo, lugar ou qualquer outra modalidade da ação, à maior ou menor gravidade das consequências, à reparação destas, às condições ou qualidades pessoais da vítima. Exemplos: a emboscada, o emprego de veneno, o ser o crime praticado durante o repouso noturno, o ser a vítima ‘velho’ ou ‘criança’, a duplicidade de vítimas na ‘aberratio ictus’ etc.” (HUNGRIA, Nélson. op. cit., v. 1, p. 437).

⁵³⁹ “Chamam-se pessoais as de natureza subjetiva, as condições ou qualidades que só dizem com a pessoa de tal ou qual concorrente, sem qualquer reflexo sobre a execução e materialidade do crime, ou sobre a convergente força psíquica dos co-réus. Tais são a reincidência, o motivo torpe, o erro de fato, a embriaguez fortuita, a menoridade, certas qualidades inerentes ao co-réu (ser ‘funcionário público’, ser ‘ascendente’ ou ‘descendente’ da vítima etc.)” (idem, p. 436-437).

Via de regra, comunicar-se-iam, entre os codelinquentes, as circunstâncias objetivas ou reais, orientação que se deduz, *a contrario sensu*, da vaga disciplina do art. 30, que foi omissa em relação a tais circunstâncias.⁵⁴⁰ Este entendimento encontra-se exposto nas lições dos nossos mais reverenciados doutrinadores.⁵⁴¹

As condições pessoais, ao contrário, não se comunicariam aos codelinquentes, influenciando apenas na culpabilidade do indivíduo em quem concorram.

A exceção à regra geral, enunciada pelo termo “*salvo*” no mencionado art. 30, consistiria na comunicabilidade daquelas circunstâncias pessoais que não influiriam apenas sobre o delinquente, mas caracterizariam o próprio crime. Assim, as chamadas “circunstâncias elementares do crime”.

Por “circunstâncias pessoais elementares”, tem-se entendido, justamente, aquelas condições que fundamentam os delitos especiais, restringindo a autoria a um círculo determinado de indivíduos. Assim, a condição de funcionário público, de médico, de administrador, de advogado, entre outras aludidas ao longo deste trabalho.⁵⁴²

Segundo a postura maciçamente sustentada pela doutrina pátria, a regra da comunicabilidade dessas circunstâncias permitiria responsabilizar o não qualificado pelo delito especial como se qualificado fosse. Assim, quando concorressem para o mesmo delito um indivíduo que reúna tais circunstâncias ou condições pessoais e outro que não as possua, dar-se-ia a chamada comunicabilidade, pela qual, supostamente, o não qualificado seria tido por qualificado.⁵⁴³

⁵⁴⁰ A má redação do antigo art. 26 do Código Penal de 1940, praticamente repetida no atual art. 30, foi alvo de duras críticas de Esther de Figueiredo Ferraz, para quem o legislador de 1940 “*ambicionou inserir num só dispositivo de diminutas dimensões toda a regulamentação de um assunto que é inegavelmente complexo e cheio de dificuldades, como se essas desaparecessem pelo simples fato de serem ignoradas ou minimizadas. O exagero da concisão na feitura das normas em apreço acabou por lhes sacrificar a clareza e o rigor técnico, abrindo válvula para uma série de perplexidades*” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 120-121).

⁵⁴¹ Assim, HUNGRIA, Nélson. Op. cit., v. 1, p. 436; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 272; e COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 235.

⁵⁴² “*Com respeito às circunstâncias pessoais, a incomunicabilidade é a regra ditada por evidentes razões de justiça material. Todavia, abre-se exceção para as circunstâncias elementares do delito, e o principal problema que se manifesta está na qualificação do autor*” (BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 169).

⁵⁴³ Tal opinião é encontrada, por exemplo, em: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito*

Essa compreensão do teor do dispositivo em análise parece sustentar a possibilidade de atribuição, ao *extraneus*, de responsabilidade a qualquer título sempre que, em concurso com um *intraneus*, sejam praticados atos subsumíveis em tipos penais que tipificam delitos especiais.

É assim, aliás, que tem entendido, salvo raríssimas exceções,⁵⁴⁴ nossa jurisprudência. A título meramente ilustrativo dessa posição, vale conferir o teor de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 9505/MT, no qual se lê, a respeito do delito do art. 18 da Lei federal 7.492/86:

“Não procede a alegação de que por ser crime próprio, o paciente não pode figurar como sujeito ativo do delito. Mesmo em se tratando de crimes desse tipo, admite-se a participação e a co-autoria, em face do que dispõe o art. 30 do CP, no sentido de que as elementares de caráter pessoal se comunicam entre os agentes. Desse modo, o paciente se equipara àquele que preenche os requisitos previstos na lei para figurar como sujeito ativo do crime”.⁵⁴⁵

penal. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. 1, t. II, p. 422; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 284 e MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3, p. 34.

⁵⁴⁴ A exemplo do teor do voto do Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento de caso envolvendo ex-Ministro da Fazenda, denunciado pela suposta prática de crime de violação de sigilo bancário, na modalidade “revelação” (art. 10 da Lei Complementar 105/01). De acordo com o voto proferido, a figura da “divulgação de dados” configura delito especial, apenas comissível, a título de autoria, pelo agente que detenha legitimamente a informação obtida mediante intrusão. Considerando o Ministro de Estado como *extraneus*, na medida em que “*não detém nem é destinatário, legalmente, de dados acobertados pelo sigilo bancário*”, o relator proclamou que apenas poderia ser responsabilizado como partícipe, jamais como autor ou coautor (Pet. 3898/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.08.2009). Também o voto proferido pelo Min. Paulo Medina, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n. 575684 (j. 24.05.2005), em que afirma, a respeito do art. 30 do Código Penal: “*Por intermédio dessa fórmula extensiva é que sujeitos não qualificados cuja ação, individualmente considerada, não seria suficiente para fazê-los ingressar na órbita da infringência do prefeito, podem tornar-se penalmente responsáveis pelo resultado*, a título diverso do autor, *mas juntamente com este, pelo mesmo fato*”, destaca-se.

⁵⁴⁵ Acórdão de relatoria do Ministro Félix Fischer, julgado aos 29.05.2006, destacou-se. No mesmo sentido de autorizar não apenas a participação, mas também a coautoria do *extraneus* que intervém em um delito especial, são os acórdãos: STF – HC 90337/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 19.06.2007; STF – HC 74588/RS, rel. Min. Ilmar Galvão,

Chegado até aqui, é possível afirmar que a solução pela qual parece advogar a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais não se compadece com o conceito de delito especial, muito menos com seu substrato material.

Seria, assim, no mínimo ilógico que o legislador empreendesse uma clara limitação do âmbito da autoria em determinados delitos, excluindo a possibilidade de dele serem autores indivíduos não contemplados pelo tipo penal, e depois, pela via de uma norma geral, rompesse com essa sistemática para admitir, na hipótese de concurso, que esses mesmos *extranei* respondessem como coautores.

A interpretação dominante do teor do art. 30 do Código Penal, para além de atentar contra o princípio da legalidade, na medida em que tenta superar a restrição típica que o legislador impõe a essa classe delitiva, contraria o sentido normativo dos delitos especiais, que se baseia na maior acessibilidade do *intraneus* ao bem jurídico tutelado, convertendo-se em garantidor desse mesmo bem.

A perplexidade dessa solução foi combatida por Esther de Figueiredo Ferraz, que lançou mão de uma minuciosa interpretação dos termos legais com vistas a demonstrar que o dispositivo legal não se referiria aos elementos de caráter pessoal que conformam os delitos especiais.

Perquirindo o significado dos termos *circunstâncias* e *condições*, a autora chegou à conclusão de que diriam respeito a características, propriedades, elementos que acompanham determinado evento ou situação, que estão, assim, em seu entorno.

Por tratar-se de elementos acidentais, conforme sustentado por Ferraz, não poderiam ser confundidos com os elementos essenciais, constitutivos do delito, como o seriam aqueles que integram

j. 26.11.1996; STJ – RESP 975.962/CE, rel. Min. Félix Fischer, j. 23.03.2009; TRF 1ª Região – EINACR 1998.33.00.006.197-8, rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, j. 01.04.2009; TRF 1ª Região – ACR 2001.38.02.000.247-6, rel. Juiz Fed. Conv. Klaus Kuschel, j. 14.08.2007; TRF 3ª Região – ACR 32327, rel. Juiz Fed. Conv. Henrique Herkenhoff, j. 28.07.2009; TRF 3ª Região – HC 22383, rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 06.03.2006; TRF 3ª Região – RCCR 2004.60.03.000227-1, rel. Juiz Fed. Conv. Luciano de Souza Godoy, j. 17.01.2006; TRF 4ª Região – ACR 2003.04.01.030590-8, rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 06.12.2006; TRF 5ª Região – ACR 4908, rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 06.11.2008.

os delitos especiais, formando parte de sua estrutura típica.⁵⁴⁶

Para a autora, portanto, o art. 30 do Código Penal (antigo art. 26) não seria aplicável aos delitos de que aqui se ocupa. Assim, não seriam comunicáveis, no sentido do dispositivo, os elementos que compõem os delitos especiais, como o são as características exigíveis do autor.

A despeito do esforço teórico empreendido por Ferraz, legítimo na medida em que só poderia objetivar evitar a solução pugnada pela doutrina majoritária, a interpretação conferida ao dispositivo legal o esvaziaria de conteúdo.⁵⁴⁷

Isso porque, se as circunstâncias ou condições são elementos necessariamente acidentais, não haveria sentido na expressão “circunstâncias elementares do crime”. Assim, se as circunstâncias pessoais em geral não se comunicam, “*salvo as elementares*”, e se estas inexistem, nenhuma condição pessoal poderia ser contemplada pela ressalva do art. 30 do Código Penal.

Ao que aqui parece, ademais, não é preciso recorrer a tamanho exercício argumentativo para promover uma interpretação do dispositivo penal que se coadune com todo o estudado até aqui a

⁵⁴⁶ “*Circunstâncias, ensinam os léxicos, são particularidades ou acidentes que acompanham um fato ou uma situação, respondendo às clássicas indagações assim formuladas – ‘quis’, ‘quid’, ‘quibus auxiliis’, ‘cur’, ‘quomodo’, quando? A definição etimológica não se afasta da definição real. Assim, circunstância de um delito (de ‘circum stat’), observa Antolisei, é de maneira geral o que se encontra ‘em torno’ do delito. E quando diz ‘em torno’ quer o penalista italiano deixar didaticamente claro que a circunstância se fecha fora, e não dentro do delito, não fazendo parte, portanto, da estrutura deste. Estivesse ela integrada nesse contexto estrutural e seria não uma circunstância e sim um elemento constitutivo do próprio delito. A circunstância, dada a acessoriedade que lhe é inerente, ‘distingue-se dos elementos essenciais’*” (FERRAZ, Esther de Figueiredo. Op. cit., p. 107-108).

⁵⁴⁷ Além de que poderia ser objetada, na medida em que os próprios dicionários admitem que as circunstâncias possam influir na essência do fato que acessoram. Assim, a definição de “circunstância”, encontrada em HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 728-729: “1. condição de tempo, lugar ou modo que cerca ou acompanha um fato ou uma situação e que lhes é essencial à natureza. 2. fato acessório ou outro pormenor que se prende a um acontecimento ou a uma situação: particularidade. 3. indício ou prova que conduz ao conhecimento da situação real de um fato ou um estado. 4. o conjunto de fatores materiais ou não que acompanham ou circundam alguém ou alguma coisa; contexto, mundo. 5. estado de coisas num momento dado; eventualidade, contingência. (...) 11. jur. Qualidade, acidente ou atributo que cerca ou está anexo a fato ou a direito para, eventualmente, mudar-lhe a própria natureza ou substância”.

respeito dos delitos especiais.

Já se adiantou, no item 2.2.2.2.2 deste trabalho, que a regra do art. 30 impõe a unidade do título de imputação. É, afinal, disso mesmo que ela parece tratar: de assegurar que, na hipótese de um delito especial, todos os intervenientes respondam com base na mesma figura típica: a restritiva do âmbito da autoria.

Assim, quando o legislador penal dispõe que se devam comunicar as circunstâncias elementares, estaria apenas garantindo a punibilidade do *extraneus* que colabora para um delito especial próprio, e que, na hipótese de um delito especial impróprio, não se lhe impute o delito comum correspondente, mas sim o especial, pelo qual obrigatoriamente responderá o *intraneus*.

A “comunicabilidade das circunstâncias”, no entanto, nada diria a respeito do título de responsabilidade de cada concorrente.

Prever, portanto, que ambos, *intranei* e *extranei*, devam responder pelo mesmo delito especial não leva implícita a ideia, muitas vezes encampada pela doutrina e pela jurisprudência, de que o *extraneus* poderá ser autor (ou coautor) desse delito.

Não poderá.⁵⁴⁸ E esta é, como se viu, a conclusão de todas as teorias da autoria consideradas ao longo deste capítulo para a resolução das mais problemáticas questões envolvendo o concurso de pessoas nos delitos especiais.

A interpretação do teor do art. 30 do Código Penal há, pois, de ser integrada com a disciplina das figuras que tipificam os delitos especiais, preservando-lhes a estrutura legal e a *ratio essendi* da limitação do âmbito da autoria a um grupo determinado de indivíduos.

Tal interpretação integradora, tudo indica, apenas se pode dar na medida em que o *extraneus* que concorre para um delito especial seja responsabilizado no limite da participação em sentido estrito.

Afinal, admitir possa ser-lhe imputada autoria ou coautoria de um delito especial, a despeito de não reunir as condições exigidas pelo tipo para tanto, conduziria fatalmente - assim se entende - à ofensa ao princípio da reserva legal e à negativa de todo o sentido normativo da classe delitiva de que se ocupa este estudo.

⁵⁴⁸ Essa é também a opinião de BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 170-171.

5.5. Reflexões sobre o grau de merecimento de pena do interveniente *extraneus*: de novo a questão do acesso ao bem jurídico protegido

Fixado o anterior, a respeito da impossibilidade de o *extraneus* que colabora ou domina o acontecimento naturalístico que culmina na prática de um delito especial responder como autor (ou coautor) desse mesmo delito, importa perguntar se a responsabilidade a título de participação do não qualificado impõe (ou deveria impor) algum abrandamento de pena com relação àquela que se atribuirá ao autor *intraneus*.

Consoante se teve a oportunidade de afirmar, um sistema diferenciador entre autoria e participação, embora não necessariamente dependa da fixação de patamares distintos para cada intervenção no delito, deve, em alguma medida, compreender que o fenômeno delitivo se apresenta mediante uma conduta principal de autor que, apenas eventualmente, pode ser favorecida por outra conduta acessória, a do partícipe. A primeira deduzir-se-ia diretamente do tipo de delito, e a segunda decorreria de uma norma de extensão prevista na Parte Geral dos Códigos Penais.

A simples admissão da acessoriedade da participação em relação à autoria parece implicar uma necessária distinção no nível de injusto ínsito a cada modalidade de intervenção para o delito. Afinal, a autoria independe de qualquer participação, mas, sem a contribuição principal, não há lugar para a acessória.

Isso é (ou deveria ser) assim, para qualquer delito comum, a despeito da equiparação dos marcos penais do autor e do partícipe prevista pelo nosso legislador no art. 29 do Código Penal.

Com maior razão, parece, deva sê-lo nos delitos especiais, para os quais, consoante visto, a limitação do círculo de autores obedece a uma maior acessibilidade ao bem jurídico protegido, que converte o *intraneus* em especial garantidor de sua indenidade, sendo-lhe exigível não apenas a abstenção da criação de riscos, mas a realização de condutas benéficas ao valor ou bem tutelado.

O reflexo penológico dessa maior reprovabilidade da conduta atentatória ao bem jurídico promovida pelo *intraneus* em relação

à do *extraneus* parece, assim, imperativo, ao menos na maior parte dos casos,⁵⁴⁹ de modo que o simples reconhecimento da condição de partícipe ao indivíduo não qualificado não bastaria para o que aqui se entende uma correta e justa compreensão jurídica do fenómeno da codelinquência nos delitos especiais.⁵⁵⁰

Inobstante tal consideração de ordem político-criminal, é necessário indagar sobre a possibilidade de a solução da menor punição do partícipe *extraneus* ser defendida de *lege lata*, ou seja, com base nos dispositivos normativos vigentes.

Essa indagação, que foi objeto de amplos debates doutrinários na Espanha, parece ter chegado a uma solução satisfatória com a alteração que promoveu a Lei Orgânica 15/03⁵⁵¹ no art. 65 do Código Penal daquele país.

⁵⁴⁹ Quando de fato se puder afirmar estar a restrição do círculo de autores possíveis associada ao fundamento material apontado no capítulo quarto deste trabalho. A ressalva faz-se, na medida em que, não raro, apontam-se como especiais delitos cuja limitação típica não se explica pela ideia de uma maior acessibilidade em relação ao bem jurídico. Como exemplo desses delitos, Gómez Martín aponta o de *alzamiento de bienes* (algo como a dilapidação de património em prejuízo de credores), previsto no Código Penal Espanhol e o de *exibicionismo masculino*, disciplinado pelo Código Alemão (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “*extranei*” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP cit., p. 99).

⁵⁵⁰ Cf. Maria Ángeles Rueda Martín, essa é opinião unânime na doutrina espanhola, que considera “*injusta la solución que hace responder de modo similar a los ‘intranei’ y a los ‘extranei’, ya que no se tiene en cuenta el ‘distinto (menor) contenido de injusto que en el ‘extraneus’ pudiera haber por no concurrir en él la cualidad personal’*” (Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Época, n. 8, p. 162, 2001). Víctor Gómez Martín assinala que esse posicionamento doutrinário normalmente se justifica com base em especiais necessidades político-criminais, de justiça material e proporcionalidade (La actuación por otro... GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “*extranei*” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP cit, p. 81).

⁵⁵¹ Antes da alteração legal em questão, doutrina e jurisprudência espanholas dividiam-se entre aqueles que sustentavam ser possível fundamentar a redução da pena do partícipe *extraneus* com base na norma do art. 21.6 do Código Penal daquele país, que prevê a chamada “circunstância atenuante analógica”, aqueles que o faziam com apego na anterior disciplina do art. 65 do Código Penal; e aqueles outros que, inobstante entendessem necessária a atenuação da pena do *extraneus* em relação à do *intraneus*, opinavam pela ausência de fundamento legal para tanto. Para um estudo detalhado desse quadro, anterior à edição da Lei Orgânica 15/03, confira-se: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “*extranei*” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP cit., p. 83 e ss.

A mencionada Lei Orgânica alterou o apartado 1º e incluiu o apartado 3º do atual art. 65, que passou a ostentar a seguinte redação:

“1. As circunstâncias agravantes ou atenuantes que consistam em qualquer causa de natureza pessoal agravarão ou atenuarão a responsabilidade apenas daqueles em quem concorram.

“2. As que consistam na execução material do fato ou nos meios empregados para realizá-la servirão unicamente para agravar ou atenuar a responsabilidade dos que delas tenham conhecimento no momento da ação ou de sua cooperação para o delito.

*“3. Quando no indutor ou no cooperador necessário não concorram as condições, qualidades ou relações pessoais que fundamentam a culpabilidade do autor, os juízes ou tribunais poderão impor pena em grau inferior à prevista pela lei para a infração de que se trate”.*⁵⁵²

A inclusão do apartado 3º parece, assim, ter atendido aos anseios da doutrina espanhola pela previsão de um dispositivo legal que, na linha do art. 28 do Código Penal Alemão,⁵⁵³ possibilitasse o abrandamento da sanção imposta ao colaborador *extraneus*.⁵⁵⁴

⁵⁵² Traduzido livremente para o português.

⁵⁵³ Dispõe o art. 28 do Código Penal Alemão (§ 28, StGB): “1. *Se faltam no partícipe (indutor ou cúmplice) os elementos pessoais especiais (§ 14.1.) que fundamentam a punibilidade do autor, atenuar-se-á a pena de acordo com o § 49, StGB.* 2. *Se a lei determina que elementos pessoais especiais agravem, atenuem ou excluam a pena, isso apenas se aplicará ao interveniente (autor ou partícipe) em quem concorram”.*

⁵⁵⁴ Embora existam críticas à redação do dispositivo, em especial no que diz respeito à previsão da faculdade de reduzir a pena do indutor e do cooperador necessário, sem menção à solução para o cúmplice *extraneus*. Como o cúmplice em geral já está contemplado com a redução de pena prevista no art. 63 (“*A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito*”), a doutrina discute se o cúmplice *extraneus* deveria ser contemplado apenas com a atenuação do dispositivo geral, ou com uma dupla redução de pena, aplicando-se também o art. 65.3, embora não aluda expressamente à hipótese da cumplicidade. Essa segunda interpretação, sustentada por Gómez Martín, se justificaria em atenção à sistemática geral criada pelo legisla-

No Brasil, a imposição de uma pena menor ao *extraneus* que intervém em um delito especial poderia ser pleiteada com base em sua menor culpabilidade, no momento da aplicação da sanção, conforme a regra geral do art. 29, *caput*, do Código Penal.⁵⁵⁵

Essa interpretação, contudo, desconsidera a diferença objetiva que parece existir entre o injusto do autor *intraneus* e aquele do partícipe *extraneus*. Entre a proibição que recai sobre o primeiro no sentido de que não se aproveite de uma posição diferenciada em relação ao bem jurídico, violando seu dever de garantidor, e aquela que impõe ao segundo a mera abstenção de contribuir para a conduta alheia, ofendendo o dever geral de não atentar contra bens jurídicos dotados de dignidade penal.

A falta da qualidade que fundamenta o delito especial parece, assim, indicar suficientemente a necessidade de fixação de um distinto e mais brando marco penal para o *extraneus* em relação àquele previsto para o autor idôneo.

Com relação a esse ponto, Abanto Vázquez sustenta a necessidade de promover uma alteração na legislação penal peruana, objetivando a introdução de um dispositivo legal tal como o dos arts. 28 e 65 dos Códigos Penais da Alemanha e da Espanha, respectivamente.⁵⁵⁶

A solução de *lege ferenda* pode ser igualmente defendida no Brasil. A incorporação de um dispositivo que expressamen-

dor espanhol, que equipara o grau de injusto do indutor e do cooperador necessário ao do autor (art. 28 do CPE), reservando ao cúmplice uma categoria distinta (art. 29 do CPE), contemplada com uma mais branda reprovação penal (art. 63 do CPE) (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de “extranei” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP cit., p. 104).

⁵⁵⁵ Assim, conforme Abanto Vázquez, quando inexiste previsão legal que fixe um marco penal diferenciado ao *extraneus*, incumbe ao juiz, com apego ao princípio da proporcionalidade, considerar a condição de não qualificado para fixar uma pena próxima ao mínimo legal (op. cit., p. 19).

⁵⁵⁶ Segundo o autor: “Como el extraneus es partícipe del delito especial, si no existiera una regulación especial (y ella no existe ni en el Perú ni en muchos países hispanoamericanos) formalmente tendría que aplicársele el mismo ‘marco penal’ (no la misma pena) previsto para los autores ‘intranei’, o sea un marco penal especialmente alto debido al deber especial infringido por éstos. Pero, por razones de justicia, la pena para los extranei, incluso si solamente son partícipes del delito especial, debería tener un marco penal menor, correspondiente a su condición de extranei sin el deber específico” (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., p. 16).

te preveja a aplicação de uma causa de diminuição de pena ao *extraneus* propiciará um grau de segurança jurídica com relação à matéria inatingível pela via da interpretação dos dispositivos legais vigentes.

Ainda que seja assim, desde um ponto de vista de *lege lata*, poder-se-ia cogitar da aplicação da atenuante facultativa, para as hipóteses de *participação de menor importância*, prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal.

Quando analisada a postura do nosso legislador com relação à problemática da codelinquência, chegou-se à conclusão de que a noção de uma *menor importância* de algumas intervenções acessórias não se encontra suficientemente delimitada pela doutrina (item 2.2.2.2).

A previsão, no art. 13 do Código Penal, da regra da equivalência das condições, impede considerar que a *menor importância* estaria associada a uma suposta prescindibilidade naturalística da contribuição em relação ao resultado delitivo. Afinal, conforme a fórmula da *conditio sine qua non*, só é causa de um delito aquela intervenção que, suprimida mentalmente, exclui o delito.

A ideia da prescindibilidade, contudo, talvez possa ser pensada sobre outras bases. Assim, normativamente.

Nos delitos especiais, a acessoriedade da conduta do partícipe não advém do menor grau de sua contribuição para o resultado, mas sim do fato de não reunir as condições que lhe permitiriam ser autor. Desse modo, não apenas ante um caso concreto, mas desde um ponto de vista *ex ante*, a intervenção do *extraneus* será sempre prescindível ao cometimento de um delito dessa classe.

Logo, a prática do delito especial - e não de qualquer outro delito ou mesmo de uma conduta irrelevante para o Direito Penal - jamais dependerá da entidade da contribuição do *extraneus*, mas sim da concorrência do *intraneus*, ainda que de menor entidade.

A *menor importância*, portanto, desde que fundamentada em termos jurídicos (ou normativos), poderia prestar-se a justificar a fixação de um mais brando marco penal ao partícipe *extraneus* em um delito especial.

Isso exigiria, contudo, tanto de nossos doutrinadores quanto dos aplicadores do Direito, uma compreensão do fenômeno

delitivo e, mais particularmente, das categorias da autoria e da participação, menos apegada a seus aspectos naturalísticos e mais atenta ao peculiar sentido normativo que possam assumir a partir de decisões valorativas.⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ A normativização de determinados conceitos, como os de autoria e participação, não implica desconhecer o contexto fático que lhes serve de inspiração. Assim, Bolea Bardon, para quem *“un criterio normativo basado en decisiones jurídicas derivadas de determinadas premisas axiológicas, no puede, sin embargo, prescindir de la realidad que le sirve de base que es, en definitiva, lo que intenta regular. A la hora de establecer criterios de imputación hay que tener en cuenta las prescripciones legales y los principios axiológicos, que informan el ordenamiento jurídico; pero, también, los referentes fácticos”* (BOLEA BARDON, Carolina. Op. cit., p. 133).

CONCLUSÕES⁵⁵⁸



- 1.1. Os delitos especiais podem ser provisoriamente definidos como aqueles que apresentam, em sua configuração típica, uma restrição do círculo de autores possíveis, na medida em que a norma que tipifica a conduta criminosa exige a reunião, na figura do autor único individual ou do interveniente principal, de certas qualidades ou condições não compartilhadas pela generalidade das pessoas;
- 1.2. A disciplina dos delitos especiais nas legislações penais ocidentais remonta ao Direito Romano, em que se previam os chamados *delicta propria*, figuras delitivas voltadas à punição de condutas praticadas por indivíduos que detinham um determinado *status* na sociedade, no caso, militares, funcionários públicos e religiosos;
- 1.3. No contexto do “Direito Penal clássico”, caracterizado pelas garantias liberais de inspiração iluminista, os delitos especiais seguiram sendo identificáveis, basicamente, com ilícitos penais perpetrados por funcionários públicos e militares, sendo certo que a problemática da codelinquência nesses delitos recebeu pouca atenção da doutrina especializada;
- 1.4. Nas últimas décadas, que assistiram ao florescimento do dito “Direito Penal moderno”, característico da sociedade pós-industrial, verificou-se um incremento da previsão de delitos especiais, mediante a fixação de “posições de garantia”, por meio das quais se atribui a indivíduos determinados o dever de asseguramento da indenidade dos bens jurídicos em jogo;

⁵⁵⁸ Na numeração destas conclusões, o primeiro algarismo indica o capítulo do trabalho do qual extraída a afirmação, e, o segundo, a sequência das conclusões de cada capítulo.

- 1.5. Assim, em âmbitos de atuação típicos desse “Direito Penal moderno”, em que se tutelam bens jurídicos supraindividuais, constata-se a previsão de outros delitos especiais como, por exemplo, os crimes societários, os crimes contra o sistema financeiro nacional e os de concorrência desleal;
- 1.6. O concurso de agentes, concurso de pessoas ou codelinquência verifica-se sempre que um mesmo delito é perpetrado por duas ou mais pessoas, mediante acordo de vontades;
- 1.7. A questão sobre a qual se debruçou o presente trabalho diz respeito à distribuição da responsabilidade entre os indivíduos que concorrem para a prática de um delito especial, notadamente quando há envolvimento de sujeitos aptos a assumir a condição de autor (os chamados *intranei*) e outros inaptos, por não reunirem as condições exigidas no tipo (os ditos *extranei*);
 - 2.1. Para o enfrentamento da questão, foi necessário proceder a uma sucinta análise evolutiva das principais teorias da autoria e da participação delitivas, analisando-se as vantagens e desvantagens da adoção de cada qual para a generalidade dos delitos, mas já adiantando considerações com relação à possibilidade de resolverem, ou não, satisfatoriamente a questão da codelinquência nos delitos especiais;
 - 2.2. No curso dessa análise evolutiva, indicou-se a preferência por um sistema diferenciador entre autoria e participação delitivas, elegendo-se o conceito restritivo de autor como o mais adequado à compreensão jurídica do fenômeno do concurso de agentes;
 - 2.3. A predileção pelo conceito restritivo justifica-se na medida em que rompe definitivamente com a equiparação entre causação e realização do delito e concebe a autoria como conceito primário, derivado diretamente do tipo de delito previsto na Parte Especial;
 - 2.4. Por sua vez, a participação reconhece-se como conceito secundário e acessório, definido negativamente em relação à autoria e punível em virtude de uma norma extensiva do sentido do tipo de delito, prevista na Parte Geral dos Códigos Penais;

- 2.5. A conciliação entre essa escolha e a postura do nosso legislador, no entanto, não é tarefa simples, uma vez que são encontráveis vestígios de um sistema unitário (que não distingue conforme um critério de relevância as diversas contribuições ao delito), eleito pelo Código Penal de 1940, mesmo após a reforma da Parte Geral empreendida em 1984;
- 2.6. Dentre esses vestígios, destacam-se a previsão da regra da equivalência dos antecedentes causais e a equiparação do marco penal aplicável ao autor e ao partícipe pelo art. 29 do CP, excepcionada apenas na hipótese de “*participação de menor importância*” (§ 1º do mesmo dispositivo);
- 2.7. Inobstante o teor desses dispositivos, o sistema diferenciador e o conceito restritivo de autor parecem ser contemplados pela disciplina do art. 31 do CP, que prevê a acessoriedade quantitativa da participação, estabelecendo que a punibilidade do partícipe depende do início da execução do delito pelo autor;
- 2.8. A dificuldade de situar nosso ordenamento jurídico no contexto fechado de um determinado sistema da codelinquência abre, assim, margem a uma escolha fundada em critérios de política criminal, os quais parecem apontar em direção à adoção do conceito restritivo;
- 2.9. Sob o conceito restritivo, foram sumariamente analisadas as teorias objetivas, chegando-se à teoria do domínio do fato que, inaugurada com o pensamento de Welzel e desenvolvida por Roxin, é majoritariamente acolhida na Alemanha e vem sendo crescentemente difundida pelos demais países de tradição jurídico-penal;
- 2.10. A principal vantagem da teoria do domínio do fato reside na capacidade de conciliar considerações de ordem subjetiva (tais como a vontade e os conhecimentos do interveniente) com os critérios objetivos, que permitem diferenciar entre intervenção principal e intervenção acessória;
- 2.11. Inobstante a aptidão da teoria do domínio do fato para resolver satisfatoriamente o problema da codelinquência nos delitos comuns, comissivos e dolosos, esbarra em pro-

blemas quando o concurso de agentes se dá para a prática de outras classes delitivas, dentre as quais a dos delitos especiais;

- 3.1. Os delitos especiais podem ser definidos a partir de um conceito simples ou amplo, como aqueles que limitam o círculo de sujeitos ativos a um grupo determinado de pessoas, conforme qualidades especiais descritas ou pressupostas na fórmula legal, assim a condição de pai ou mãe, de funcionário ou agente público, de autoridade, advogado, médico, sócio, gestor de instituição financeira etc.;
- 3.2. Opõem-se aos delitos comuns, comissíveis por qualquer pessoa, e distinguem-se dos delitos de mão própria, na medida em que nestes não há restrição com relação a quem pode assumir a condição de autor, mas apenas é exigível a execução direta (pessoal) do crime;
- 3.3. Nos delitos especiais, a limitação do círculo de autores possíveis diz respeito a qualquer forma de autoria (direta, mediata ou compartilhada) e advém de uma decisão legislativa expressa na fórmula legal;
- 3.4. Também não se confundem os delitos especiais com os delitos omissivos impróprios, ainda que nestes o omitente só possa ser o sujeito sobre quem recai o dever positivo cuja infração fundamenta a responsabilidade pela omissão. A despeito da comum restrição do âmbito da autoria, os delitos especiais independem da forma de realização do delito (comissiva ou omissiva), e a limitação do âmbito da autoria obedece a uma escolha legislativa prévia baseada em qualidades naturais ou jurídicas preexistentes do sujeito ativo;
- 3.5. A expressão “delitos especiais” vem sendo crescentemente substituída pela nomenclatura “delitos de infração de dever”, conforme classificação proposta por Roxin e adotada por diversos outros autores, como Jakobs e Sánchez-Vera Gómez-Trelles;
- 3.6. A categoria dos “delitos de infração de dever”, no entanto, também não se confunde com a dos “delitos especiais”, ainda que, para os citados autores, os delitos especiais (ou parte

- deles) sejam considerados “delitos de infração de dever”;
- 3.7. A adoção da nomenclatura “delitos de infração de dever” traz implicações que vão muito além da simples conceituação de uma categoria de ilícitos penais que restringem normativamente o círculo de possíveis autores, pois leva implícita a opção por um determinado fundamento material para os delitos especiais e por um único critério delimitador da autoria, ambos identificáveis com a violação de um especial dever de natureza extrapenal;
 - 3.8. Os delitos especiais podem ser classificados em próprios e impróprios. Os delitos especiais próprios são aqueles que não encontram correspondência em nenhum outro tipo penal comum. Os delitos especiais impróprios, ao contrário, possuem um delito comum paralelo, no qual é subsumível a conduta daquele que, não ostentando as qualidades exigidas pela figura especial (*extraneus*), pratique a conduta ali disciplinada;
 - 3.9. Também se pode classificar os delitos especiais conforme seja o motivo que embasa a restrição típica da autoria de ordem natural (assim, a condição de homem ou mulher) ou jurídica (assim, a condição de genitor, advogado, funcionário público, militar etc.), sendo que este trabalho centrou sua atenção no segundo grupo, numérica e dogmaticamente mais relevante;
 - 4.1. Para bem resolver a questão do concurso de pessoas nos delitos especiais, foi preciso perquirir o fundamento material dessa classe delitiva, ou seja, a razão de ser da restrição típica no específico campo da autoria;
 - 4.2. Analisando-se a *ratio essendi* dos delitos especiais, é possível indagar sobre qual deve ser o grau de reprovabilidade da conduta daquele que, juridicamente incapaz de cometer individualmente o delito (*extraneus*), o pratica conjuntamente com quem pertença ao círculo de autores possíveis (*intraneus*);
 - 4.3. Da análise sucinta das principais teorias a respeito do substrato material dos delitos especiais (delitos especiais como delitos de infração de dever e delitos especiais como

delitos de domínio), chega-se à conclusão de que o aspecto essencial reside no reconhecimento de uma maior acessibilidade do *intraneus* em relação ao bem tutelado, a qual cria ou intensifica o injusto típico, colocando em mãos do autor idôneo o poder de dispor sobre a lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico;

- 4.4. A colaboração do *extraneus*, assim, não pode alcançar o mesmo desvalor daquela praticada pelo *intraneus*, tendo em vista que apenas este se encontra apto a assumir a condição de garantidor do bem ou valor protegido;
- 4.5. Ainda que apenas o *intraneus* possa ser autor (ou coautor) do delito especial, parece que o critério do domínio não deva ser de todo abandonado, na medida em que considerações materiais sobre o desempenho das funções sociais vinculadas ao *status* ostentado pelo sujeito qualificado podem afastar uma possivelmente equivocada equiparação de todas as condutas de *intranei*, sempre e necessariamente sob o título da autoria;
- 4.6. A partir do estudo do substrato material, indagou-se a respeito de se os delitos especiais impróprios configurariam verdadeiros delitos especiais ou simples causas de agravamento da pena aplicável aos correspondentes delitos comuns. Com relação a este ponto, opinou-se favoravelmente à compreensão dos delitos especiais impróprios como figuras juridicamente distintas dos delitos comuns paralelos;
- 4.7. A opinião encontra-se lastreada na interpretação teleológica dos delitos especiais impróprios, considerando a proteção de bens jurídicos supraindividuais diversos daqueles tutelados pelos delitos comuns. Com relação àqueles bens jurídicos, parece também razoável admitir a existência de uma maior acessibilidade por parte dos *intranei* em relação aos *extranei*;
- 4.8. Particularmente em relação ao infanticídio, figura habitualmente classificada como delito especial impróprio, manifestou-se entendimento de que consubstanciaria algo mais próximo a uma hipótese expressa de semi-imputabi-

lidade, assemelhada à figura do homicídio privilegiado, não compartilhando do mesmo fundamento material dos demais delitos especiais;

- 5.1. O último capítulo foi dedicado à exposição das conformações possíveis do concurso de pessoas nos delitos especiais, valorando-se especialmente a contribuição do *extraneus* e a possibilidade de fazê-lo responsável pela prática delitiva;
- 5.2. A análise deu-se com relação a ambos os delitos especiais próprios e os delitos especiais impróprios, avaliando-se hipóteses controvertidas na doutrina, como as do “instrumento doloso não qualificado” e do “instrumento qualificado que atua sem dolo”;
- 5.3. A despeito da complexidade da valoração da conduta de *intraneus* e *extraneus* em cada hipótese de concurso, pode-se extrair do estudo uma conclusão geral no sentido da impossibilidade de o indivíduo não qualificado, qualquer que seja sua conduta ou o grau de contribuição que ofereça ao delito especial, responder por este delito a título diverso da participação em sentido estrito;
- 5.4. O *extraneus*, portanto, jamais poderá ser autor (ou coautor) do delito especial, tanto por uma limitação legal (a restrição típica que caracteriza o delito especial) quanto pela consideração do fundamento material dessa classe delitiva;
- 5.5. A admissão dessa conclusão pela doutrina e jurisprudência pátrias, no entanto, parece esbarrar na interpretação que se firmou a respeito da disciplina do art. 30 do CP. Segundo essa interpretação, a qualidade exigível do *intraneus* comunica-se ao *extraneus* concorrente, possibilitando que se lhe responsabilize a qualquer título (assim, como coautor ou partícipe);
- 5.6. A solução que aqui se defende é a da compreensão do dispositivo em questão como disciplinador da unidade do título de imputação nos delitos especiais, possibilitando a responsabilização do *extraneus* por estes delitos, sempre que contribua de forma penalmente relevante;

- 5.7. A “comunicabilidade” como unidade do título de imputação, no entanto, não leva implícita a ideia de que o *extraneus* possa responder pelo delito especial a qualquer título, inclusive como coautor, o que violaria o sentido da restrição típica que caracteriza os delitos especiais;
- 5.8. Assim, uma interpretação integradora da norma do art. 30 do CP com os tipos penais especiais conduz à admissão da responsabilidade do *extraneus* apenas a título de participação, solução que se entende mais justa e respeitosa à estrutura legal dos delitos objeto deste estudo;
- 5.9. Restrita a responsabilização do *extraneus* à participação em sentido estrito, pergunta-se sobre a necessidade de garantir-lhe algum abrandamento de pena em relação à sanção atribuída ao autor *intraneus*;
- 5.10. Com relação a este ponto, a conclusão é no sentido afirmativo, reconhecendo-se a existência de diferenças objetivas entre o injusto do autor *intraneus* e o do partícipe *extraneus*, por ocasião da abordada questão da relação de cada um com o bem jurídico protegido;
- 5.11. Com base nos nossos dispositivos penais, contudo, o reflexo penológico da condição de partícipe do *extraneus* apenas pode ser assegurado no momento da aplicação da pena (com base na cláusula geral do art. 29, *caput*, do CP), recorrendo-se a considerações quanto à culpabilidade do interveniente ou, conforme se sustenta, com apego a uma interpretação da chamada “*participação de menor importância*” (§ 1º do art. 29 do CP), fundamentada em termos normativos;
- 5.12. Sendo essa a solução de *lege lata* aqui defendida, importa destacar que, para que se possa alcançar um maior grau de segurança jurídica em relação à matéria, seria de boa valia a incorporação ao nosso Código Penal de um dispositivo legal que expressamente previsse a atenuação da pena do partícipe *extraneus*, a exemplo do teor dos arts. 28 do Código Penal Alemão e 65.3 do Código Penal Espanhol.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal*, Barcelona, fasc. 14, jul. 2004.
- BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio*: impropriedade de uma figura autônoma. Dissertação (mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal*: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*. Barcelona: PPU, 1989.

- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.
- DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. *Ciência Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Buschatsky, 1976.
- FERREIRA, Ivete Senise. *Concurso eventual de pessoas*. Tese (livre docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Autoría y delitos especiales. In: NIE-TO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2001. v. 1.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Abellido-Perrot, 1966. t. III.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. 1, t. II.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Reimpresión. Montevideu: B de F, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La actuación por otro y la participación de

“extranei” en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP. In: _____ (coord.). *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*. Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer, 2006.

GÓRRIZ ROYO, Elena Maria. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luís. Actuaciones en lugar de otro y responsabilidad penal. *Estudios del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1995.

_____. *El actuar en lugar de otro: teoría general*. Zaragoza: Publicações da Universidade de Zaragoza, 1985. v. 1 e v. 2.

_____. *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales: el delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1986.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev./mar. 2003.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II, e v. 5.

_____. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

- _____. La competencia por organización en el delito omisivo: consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. La intervención delictiva. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 85, 2005.
- _____. La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, fasc. 6, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. Trad. esp. Joaquín Cuello Contreras. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 37, fasc. 1, p. 13-15, jan./abr. 1984.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980.
- LEIRIA, Antônio José Fabricio. *Autoria e participação criminal*. São Paulo: DAVIDIP Ed., 1974.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARAVÉ GÓMEZ, Mario. *Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Trad. esp. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo

Depalma, 1995. v. 2.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. por Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. v. 2.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007.

_____. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 5, 2003.

_____. Valoraciones, normas y antijuridicidad material. In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003.

MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. O “moderno” direito penal no novo Código Penal espanhol: princípios e tendências. Trad. Vicki Sulocki. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 37-42.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2006.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal societário*. 3. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*. Barcelona: CYMYS, 1974.

_____. *Manual de derecho penal: parte general*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2000.

- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.
- _____. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- _____; JAVIER RIGGI, Eduardo. El extraño artículo 65.3 del Código Penal: un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación. *InDret*, Barcelona, n. 4, 2008.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. 7. ed. alemã Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- _____. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Época, n. 8, p. 136-137, 2001.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC - Lumen Juris, 2006.

- SCHMIDT, Eberhard. *Die mittelbare Täterschaft*. Festgabe für Reinhard Frank. 1930. t. II.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.
- _____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2008.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- STRATENWERTH, Günter. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Gladys Romero. Caracas: Edersa, 1982.
- SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública: teoría general*. Santiago de Compostela: Serviço de Publicações da Universidade de Santiago de Compostela, 2003.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Trad. esp. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- _____. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995. v. 4.
- _____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

Relação das Monografias Publicadas

- 1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
■ Rui Carlos Machado Alvim
- 2 - *A Condição Estratégica das Normas*
■ Juan Félix Marteau
- 3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
■ Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- 4 - *Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
■ Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva
- 5 - *O Estado e o Crime Organizado*
■ Guaracy Mingardi
- 6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
■ Stella Maris Martinez
- 7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
■ Joe Tennyson Velo
- 8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
■ Flávia Schilling
- 9 - *Do Gene ao Direito*
■ Carlos Maria Romeo Casabona
- 10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
■ Andrei Koemer
- 11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
■ Anabela Miranda Rodrigues
- 12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
■ Joana Domingues Vargas
- 13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
■ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 14 - *Policimento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
■ Theodomiro Dias Neto
- 15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
■ Tadeu Antonio Dix Silva
- 16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
■ Benedito Roberto Garcia Pozzer

- 17 - *Os Filhos do Mundo - A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*
■ Gutemberg Alexandrino Rodrigues
- 18 - *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*
■ Gisele Mendes de Carvalho
- 19 - *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*
■ José Ricardo Ramalho
- 20 - *Os Justiçadores e sua Justiça - Linchamentos, Costume e Conflito*
■ Jacqueline Sinhoretto
- 21 - *Bem Jurídico-Penal - Um Debate sobre a Descriminalização*
■ Evandro Pelarin
- 22 - *Espaço Urbano e Criminalidade - Lições de Escola de Chicago*
■ Wagner Cinelli de Paula Freitas
- 23 - *Ensaaios Criminológicos*
■ Adolfo Ceretti, Alfredo Verde,
■ Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti,
■ Grazia Arena, Massimo Pavanini,
■ Silvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero
- 24 - *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 25 - *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*
- *Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*
■ Marcos César Alvarez
- 26 - *Iniciativa Popular*
■ Leonardo Barros Souza
- 27 - *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*
■ Débora Regina Pastana
- 28 - *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime*
- *Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*
■ Ana Paula Soares da Silva
- 29 - *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
■ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer
- 30 - *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
■ Luciano Bueno
- 31 - *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
■ Olga Espinoza
- 32 - *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*
■ Francis Rafael Beck

- 33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
■ Pedro Rodolfo Bodê de Moraes
- 34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal - Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
■ Marta Rodriguez de Assis Machado
- 35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
■ Christiane Russomano Freire
- 36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
■ Sirlei Fátima Tavares Alves
- 37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
■ Alceu Corrêa Junior
- 38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
■ Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
- 39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
■ Acácia Maria Maduro Hagen
- 40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
■ Organizador: Andrei Koemer
- 41 - *Formação da Prova no Jogo Processo Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
■ Natalie Ribeiro Pletsch
- 42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
■ Fabiana Costa Oliveira Barreto
- 43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*
■ Marco Antonio Carvalho Natalino
- 44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea - Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 45 - *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*
■ Marina Quezado Grosner
- 46 - *A Capitalização do Tempo Social na Prisão: A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*
■ Luiz Antônio Bogo Chies
- 47 - *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*
■ Guilherme Gouvêa de Figueiredo

- 48 - *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*
■ Tatiana Yokoy de Souza
- 49 - *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*
■ Saulo Bueno Marimon
- 50 - *Repressão Penal da Greve - Uma experiência antidemocrática*
■ Christiano Fragoso
- 51 - *O Caos Ressurgirá da Ordem*
■ Marcos Paulo Pedrosa Costa
- 52 - *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*
■ Raffaella da Porciuncula Pallamolla
- 53 - *Lei, Cotidiano e Cidade*
■ Luís Antônio Francisco de Souza
- 54 - *A Recusa das grades*
■ Eda Maria Góes
- 55 - *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal*
■ Maria Gorete Marques de Jesus
- 56 - *Súmula Vinculante em Matéria Criminal*
■ Diogo Tebet
- 57 - *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*
■ Marcelo da Silveira Campos
- 58 - *DELITO Y POBREZA: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*
■ Emilio Jorge Ayos
- 59 - *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*
■ Oscar Mellim Filho
- 60 - *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*
■ Bruno Shimizu

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TEXTOS DE MONOGRAFIAS - IBCCRIM

As monografias remetidas ao IBCCRIM, para análise e eventual publicação, deverão ter por tema, isolada ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal, Sociologia, Psicologia, Filosofia e correlatas, devendo ser redigidas em língua portuguesa, ficando a critério do autor o título, o enfoque metodológico, a abordagem crítica e o posicionamento opinativo.

As monografias devem obedecer, ainda, às seguintes exigências:

1. As monografias enviadas deverão ser inéditas.
2. As referências ou citações de outras obras demandam a indicação explícita dos respectivos autores e fontes. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.
3. Relação bibliográfica completa das obras citadas ou referidas deverá constar na parte final do texto;
4. Os trabalhos deverão ter no mínimo 100 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Como fonte, deve ser empregada o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5cm e as laterais 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.
5. Os trabalhos deverão ser precedidos de breve Resumo (15 linhas no máximo) e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 4 dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2.1 Responsabilidade civil objetiva...
6. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Não sendo admissíveis o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
7. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente 50 exemplares da monografia;
8. A monografia terá uma única edição, ficando o autor posteriormente liberado para novas edições. Os trabalhos que não se atenderem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão ser remetidos de novo, desde que efetuadas as modificações necessárias.
9. Serão admitidas monografias resultantes de concursos e títulos acadêmicos, inclusive dissertações de mestrado, teses de doutorado e concursos relativos a atividade docente. Os trabalhos relativos a monografias resultantes de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.
10. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Departamento de Monografias. Os trabalhos recebidos para seleção não serão devolvidos.
11. Caso a monografia seja aprovada, será fixada uma data para publicação (por ordem de aprovação), após, entraremos em contato e enviaremos um contrato padrão que deverá ser devidamente assinado, com firma reconhecida, e faremos solicitações que entendemos pertinentes.
12. Não há custos para o autor e serão publicados aproximadamente 4.000 exemplares, destes o autor receberá sem custo algum 50 (cinquenta).

A remessa das monografias deve se dar por meio postal, para o IBCCRIM, ao cuidados do Departamento de Monografias, na Rua XI de Agosto, 52, 4º andar, Centro, São Paulo, SP (CEP 01018-010), bem como em versão eletrônica para monografias@ibccrim.org.br. Os trabalhos deverão ser identificados, contendo um breve currículo do autor, bem como endereço e telefone para contato.

Produção Gráfica

PMark Design Ltda - ME

Rua Basílio da Cunha, 891 - Ipiranga

01544-001 - São Paulo - SP

Tel. 11 2215-3596

pmarkdesign@pmarkdesign.com.br