

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Azul Fonseca Soares

CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES FUNCIONAIS

Porto Alegre
2014

AZUL FONSECA SOARES

CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES FUNCIONAIS

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha Da Silva.

Porto Alegre

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO DO TCC

SUBMETIDO À BANCA EXAMINADORA EM __/__/____

PROFESSORES COMPONENTES DA BANCA

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Prof. Msc. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Porto Alegre, de dezembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Aos professores e mestres desta casa, agradeço àqueles que me inspiraram e àqueles que me ensinaram a ser alguém melhor. Foram noites após noites em que após uma jornada de trabalho, já cansado, me dirigia ao “castelinho”, onde ali, inexplicavelmente, ganhava nova energia para outro turno, provavelmente alimentado pelo saber que conseguia captar dos professores. Como é bom aprender.

E um agradecimento em especial a meu orientador neste trabalho, Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha, que me muito me ajudou, conduzindo neste tema que não é simples, mas que o professor conseguiu, de maneira fácil, tutelar-me.

RESUMO

A presente monografia teve por objetivo principal a busca por conhecimento na questão da atribuição de responsabilidade jurídico penal aos indivíduos que, em concurso, praticam os chamados delitos especiais, os quais exigem do autor determinadas qualidade ou condições pessoais. Para tanto, partiu-se da análise evolutiva das principais teorias que se ocuparam de definir os conceitos de autoria e participação delitiva. Na sequência, trabalhou-se a questão da definição do que são delitos de dever e a aplicabilidade das teorias desenvolvidas com relação ao nosso Código Penal, tratando da questão da comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal. Nesse ínterim, deu-se atenção à teoria do domínio do fato desenvolvida por Roxin, principalmente com relação aos crimes de infração de dever, que se caracterizam pelo fato de que a autoria da realização do tipo penal não depende do domínio do fato, mas da infração de um dever que incumbe ao agente. Por fim, procede-se a um estudo das conformações possíveis da codelinquência nos delitos especiais, primordialmente do concurso de indivíduo qualificado (*intraneus*) e indivíduos não qualificados (*extraneus*), avaliando as soluções para a coautoria e participação em crimes dolosos, culposos e omissivos.

Palavras-chave: Crimes funcionais. Concurso de Pessoas. Teoria do Domínio do Fato.

ABSTRACT

The main goal of the present work is quest for knowledge on the issue of allocation of legal-criminal liability to individuals that, by concerted action, practice the so-called status offenses, which require from the author certain qualities or conditions. Therefore, it started with the evolutionary analysis of the major theories that have defined the concepts of perpetrator and criminal participation. Following, it studied the question of defining what are crimes of duty, the applicability of the theories developed in relation to our Criminal Code, addressing the issue of communicability of the circumstances and the conditions of personal character. In the meantime, it gave attention to the theory of the domain of fact developed by Roxin, mainly with regard to crimes of breach of duty, which are characterized by the fact that the authorship of the completion of the criminal type does not depend on the field of fact, but the breach of a duty incumbent upon it to the agent. Finally, there is a study of possible forms of co-delinquency in special crimes, primarily the concerted action between a qualified individual (*intraneus*) and nonqualified individuals (*extraneus*), evaluating the solutions for authoring and participation in intentional crimes, blameful and neglects.

Keywords: Status Offenses. Concerted action. Fact Domain Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	NOÇÕES PRELIMINARES	11
2.1	AUTORIA E PARTICIPAÇÃO	11
2.2	CONCEITO EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR.....	14
2.3	SISTEMA UNITÁRIO.....	15
2.4	TEORIAS DIFERENCIADORAS.....	17
2.4.1	Teoria formal-objetiva	17
2.4.2	Teoria subjetiva.....	19
2.4.3	Teoria do domínio do fato.....	20
3	A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	21
3.1	A CONTRIBUIÇÃO DE HANS WELZEL.....	21
3.2	A CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN.....	22
3.2.1	Delitos de domínio	23
3.2.2	Domínio da ação – realização pessoal do fato	23
3.2.3	Domínio funcional do fato – execução conjunta do fato	23
3.2.4	Domínio da vontade – realização do fato através de outro.....	24
3.2.5	Delitos de dever	26
4	O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES FUNCIONAIS	30
4.1	CONCEITO DE CRIME FUNCIONAL.....	30
4.2	DELITOS DE DEVER, DELITOS PRÓPRIOS E DELITOS ESPECIAIS	33
4.3	O CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	35
4.4	COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL.....	39
4.5	A COAUTORIA NOS CRIMES FUNCIONAIS	44
4.5.1	Crimes Dolosos.....	44
4.5.2	Crimes culposos.....	45
4.5.3	Crimes omissivos	47
4.6	A PARTICIPAÇÃO <i>STRICTO SENSU</i> NOS CRIMES FUNCIONAIS	50
4.6.1	Crimes Dolosos.....	52
4.6.2	Crimes culposos.....	53
4.6.3	Crimes omissivos	53
5	CONCLUSÃO	55

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....56

1 INTRODUÇÃO

Dentro de uma concepção cristã do mundo e da vida, talvez não fosse exagero dizer que as raízes mais profundas do direito punitivo encontram-se no “Gênesis” e prendem-se ao primeiro pecado. É neste ato de rebeldia do ser contingente que se vai encontrar, sob forma larvada, a gênese da participação criminal, quando Eva induziu Adão a comer o fruto proibido, num autêntico concurso ao pecado¹.

Deste modo, a história registra que a primeira infração do homem contra a ordem instituída pelo Criador, surgiu através de um plúrimo proceder. Este agir rebelado, conjunto e solidário, que se processa entre os homens desde os primórdios da criação do mundo, onde não raro, se partilham tarefas para facilitar o êxito das empresas, não passou despercebido pelos antigos romanos quando surgiram as primeiras elaborações legislativas em torno do problema da participação delituosa².

Atualmente, a questão do concurso de agentes ainda constitui difícil e complexa matéria³, que nosso Código Penal procurou resolver com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se um conceito extensivo de autor, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Todos quantos concorrem para o crime são autores, estando em princípio submetidos à mesma escala penal⁴.

Assim, no debate do instituto jurídico-penal do concurso de pessoas assenta, por um lado, na necessidade do estabelecimento de critérios seguros para a sua caracterização e, por outro lado, na distinção entre as suas clássicas modalidades (autoria e participação).

E uma das questões da codelinquência é se é possível atribuir a posição de autor de determinado fato punível a certo indivíduo. Para avançar no ponto, trilha-se pelos conceitos extensivo e restritivo, sistema unitário, sistema diferenciador e a teoria do domínio do fato, por Welzel e Roxin.

¹ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e Participação Criminal**. São Paulo: DAVIP Editores, 1973, p. 06.

² LEIRIA, *loco citato*.

³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato: Incongruências da Doutrina e Jurisprudência Brasileira**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS. Vol. 01, nº 1, 2013. Porto Alegre.

⁴ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Arts. 11 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 624.

Por outro lado, os delitos especiais, que são definidos como aqueles que limitam o círculo de sujeitos ativos a um grupo determinado de pessoas, conforme qualidades especiais descritas ou pressupostas na fórmula legal, como exemplo, a condição de funcionário ou agente público.

Então, o presente trabalho trilha pela questão de como se resolve satisfatoriamente o problema do concurso de pessoas em crimes comuns, comissivos e dolosos, adentrando especificamente no concurso de agentes quando da prática de crimes funcionais.

2 NOÇÕES PRELIMINARES

2.1 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Autor é quem realiza a conduta típica, no todo ou em parte, por si ou através de outra pessoa, nos casos de autoria mediata. A realização plural da conduta típica dá lugar à coautoria propriamente dita. Partícipe é quem, sem realizar a ação típica, de qualquer modo contribui para a conduta delituosa de outrem. A participação não constitui forma autônoma de fato punível, mas está necessariamente subordinada à realização da conduta típica e antijurídica por outrem. Por isso se diz que a participação é sempre acessória. A atividade dos partícipes somente é punível em virtude das normas secundárias que estendem a responsabilização penal⁵.

Então, autoria e participação definem-se a partir da realização da conduta típica. Importa quem praticou a ação que constitui crime e quem nela tomou parte, sem a executar. Hungria, lembra que o Código Penal de 1940, em seu artigo 35, define como autor quem realiza o fato legalmente descrito por si ou servindo-se de outrem. Da mesma forma, consta no vigente Código Penal Alemão (p. 25): “é punido como autor quem pratica o fato punível por si mesmo ou através de outra pessoa”⁶.

No caso do Código Penal Brasileiro, esta definição da realização da conduta típica constitui a chamada teoria formal objetiva, que delimita com nitidez, a participação e autoria⁷.

Por outro lado, nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor que tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe que apenas cooperaria, a exemplo da teoria do *tatherrschaft* que se iniciou com WELZEL e a teoria finalista do fato. Nesta, a tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no sentido desse controle. Ou seja, seria autor não apenas quem realiza a conduta

⁵ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 626.

⁶ *Ibidem*, p. 627.

⁷ *Ibidem*, p. 628.

típica (objetiva e subjetiva) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de quadrilha, que não realiza a ação típica⁸.

Voltando ao conceito de autor, Hungria cita que o VI Congresso Internacional de Direito Penal (Atenas 1957) aprovou resolução em que se define como autor quem por sua ação realiza elementos constitutivos materiais e subjetivos da infração. Nos casos de crimes omissivos, é autor aquele a respeito de quem existe a obrigação de atuar. Definiu-se como coautores “os que conjuntamente realizam os atos de execução com a intenção comum de cometer a infração”. Autor mediato é o que determina a cometer uma infração o executor que não pode ser responsável⁹.

Então, coautores como aqueles que executam, juntamente com outros, no todo ou em parte, a ação ou omissão que configura o delito. Só pode ser coautor quem poderia cometer o crime como único autor. Não se exige ajuste prévio, mas é indispensável que todos tenham a consciência de cooperar na ação comum. Há coautoria, por exemplo, se Tício imobiliza a vítima para que Mévio a mate. Se falta a consciência de cooperar na ação comum, haverá autoria colateral, rara nos crimes dolosos, mas frequente nos crimes culposos. É o caso de dois motoristas que, conduzindo seus veículos com imprudência, provocam acidente¹⁰.

Também é autor quem se serve de outra pessoa inimputável ou não culpável para cometer crime, é o autor mediato. Aqui, o agente se serve de outra pessoa como instrumento. Só pode ser autor mediato os que também poderiam ser autores imediatos¹¹.

As hipóteses de autoria mediata compreendem todas as situações em que o executor é inimputável ou age sem culpa. Nosso código prevê expressamente quatro casos de autoria mediata, a saber: a) erro determinado por terceiro (artigo 20, § 2º, do Código Penal); b) coação moral irresistível (artigo 22, primeira parte, do Código Penal); c) obediência hierárquica (artigo 22, segunda parte, do Código Penal); e, d) caso de instrumento impunível

⁸ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Arts. 11 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 627.

⁹ *Ibidem*, p. 628.

¹⁰ *Ibidem*, p. 631.

¹¹ *Ibidem*, p. 632.

em virtude de condição ou qualidade pessoal (artigo 62, III, segunda parte, do Código Penal)¹².

Exemplo possível de erro determinado é o caso de médico que dolosamente determine à enfermeira de boa fé que ministre o remédio letal. Também, exemplo de autoria mediata para obediência hierárquica e até autoria mediata por omissão, quando, a exemplo, guarda de estabelecimento permite que alienado ataque outro¹³.

Já nos crimes culposos, vislumbra-se apenas autoria ou autoria colateral, mas não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de uma conduta atípica. Pondera Hungria, que o concurso de agentes, para alguns, depende de convergência de vontade na realização da conduta e que depende o dolo em relação ao resultado, daí a recusa na possibilidade em crimes culposos. O mesmo autor cita que essa concepção não pode ser tomada de imediato, já que o próprio sistema italiano expressa referência ao concurso de agentes em crime culposo e que o nosso sistema exclui apenas a participação, porque incompatível como a estrutura do crime culposo¹⁴.

E a participação, que é necessariamente acessória, pois depende da realização da conduta típica e antijurídica pelo autor. Ela se realiza por meio de uma conduta penalmente irrelevante, que acede ao fato principal, adquirindo significação jurídica somente quando, pelo menos, o autor inicia a execução. A participação constitui contribuição ao crime realizado por outrem, apresentando-se, basicamente sob suas formas: participação moral (determinação e instigação) e a participação material¹⁵.

A participação moral se apresenta na forma de determinação (o agente faz nascer no executor a decisão de cometer o crime com consciência e vontade) ou de instigação (o agente excita ou reforça a deliberação). É comum a participação moral ser designada por instigação. Ela compreende o mandado, a persuasão, o conselho a ameaça, a coação resistível e, inclusive, a aparente dissuasão.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 426.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 426.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 634

¹⁵ HUNGRIA, *opus citatum*, p. 628.

A participação material ocorre através da cumplicidade, que é o auxílio prestado à ação delituosa, com conhecimento da causa. Pode o auxílio também ocorrer subjetivamente, através de explicações ou de instruções e advertências. Não se exige que o auxílio seja *conditio sine qua non*.

2.2 CONCEITO EXTENSIVO E RESTRITIVO DE AUTOR

O conceito extensivo tem seus fundamentos dogmáticos na ideia de equivalência de todas as condições do resultado, daí a sua associação ao sistema unitário. Parte de que todos os tipos legais devem ser concebidos de forma a considerar que qualquer que seja causa para a realização de um tipo atua tipicamente e por isso deve ser punido¹⁶.

Alflen lembra que Shoroeder ponderou que o conceito extensivo foi criado à época, principalmente, pra justificar e fundamentar a autoria mediata. Agora o ponto é que a equiparação física (direta) com a intelectual (mediata) pressupõe uma verificação jurídica e que toda realização de um tipo penal fundamenta a autoria no sentido da lei, daí afirmar que são três os pressupostos de qualquer autoria: vontade do autor, causação de resultado e tipicidade¹⁷.

Abrindo parênteses à teoria da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non*), esta diz que é essencial que a causa seja indispensável na produção do resultado. Para se verificar se o fato é causador do resultado é feito o chamado “teste da eliminação hipotética”. Suprimido mentalmente o fato, se ocorrer uma modificação no resultado, isto evidenciará que o fato é sim relevante à produção do resultado. Importante ainda é interromper a regressão ao infinito da cadeia causal, dando-se essa ruptura no momento em que as pessoas que tiveram alguma importância na produção do resultado não tiverem agido com dolo ou culpa¹⁸.

Como autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente, porque ambas são equivalentes desde um prisma causal, somente resta a possibilidade de buscar a distinção num critério subjetivo, por essa razão, a teoria subjetiva da participação segue atrelada ao conceito extensivo de autor¹⁹.

¹⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 62.

¹⁷ ALFLEN, *loco citato*.

¹⁸ MENDES, Gilmar. **HC STF nº 83554-6**. D.J., 2005, p. 168.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 421.

Já no conceito restritivo, do jurista alemão Zimmerl, os tipos penais são concebidos de forma a apontar somente o autor, não abarcando a atividade do instigador e do auxiliador. Esta concepção estabelece um conceito primário de autor, seguindo a proposição de que quem é autor não é partícipe ou ainda, só pode ser partícipe quem não é autor²⁰.

Assim, nem todo interveniente poderá ser considerado autor da conduta típica, mas apenas aqueles que reúnam as condições necessárias (critérios positivos). Dessa forma, o conceito restritivo de autor segue atrelado a uma teoria objetiva de participação. Essa teoria objetiva segue duas vertentes: uma formal e outra material²¹.

A participação então se encaixa de duas maneiras, no conceito restritivo é uma forma de ampliação da punibilidade e no conceito extensivo uma forma de delimitação da punibilidade.

2.3 SISTEMA UNITÁRIO

As premissas causalistas desenvolvidas no século XIX, quer sejam orientadas pela equivalência das condições, quer baseadas na diferenciação entre causa e condição forneceram respaldo para construção do sistema unitário de autor²².

Tal conceito assenta no fato de que o autor realiza o quadro fático integral, independentemente do peso real de sua contribuição. Na sua versão originária, por Stubel (1928), as contribuições daqueles que concorrem para um fato delitivo possuem o mesmo valor desde o ponto de vista causal²³.

Em outras linhas, no sistema unitário, ao autor imputam-se as legislações penais que não graduam nem distinguem conforme um critério de relevância as diversas contribuições ao delito. Não diferenciam, assim, intervenções principais de intervenções acessórias. Como se verá, o conceito de autor adotado pelo sistema unitário é o mais amplo possível. Basta a

²⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 68.

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 420.

²² ALFLEN, *opus citatum*, p. 56.

²³ ALFLEN, *opus citatum*, p. 57.

relação causal entre conduta e delito para que se afirme a realização do comportamento típico pelo interveniente²⁴.

No ano de 1971, Kienapfel, realizou a diferenciação entre o sistema unitário formal e o unitário funcional. Alguns anos mais tarde, Burgstaller também incluiu o sistema unitário reduzido²⁵.

No unitário formal, existe apenas um único conceito indiferenciado de autor. É uma vertente mais radical, pois não distingue nem valorativamente nem conceitualmente os diferentes tipos para contribuição do fato²⁶.

No sistema unitário funcional, mais moderno, são reconhecidas as diferentes formas de autoria, as quais são juridicamente equivalentes e se sujeitam à mesma pena cominada. Neste sistema há duas formas de autoria: autoria direta e autoria mediata. Mediato é aquele que de qualquer forma participou da realização do tipo. Aqui a diferenciação se dá na forma puramente conceitual²⁷.

No unitário reduzido surge a ideia de que para todos os participantes no fato punível vige a mesma pena cominada, porém, atribui-se às espécies de participação no caso concreto significado sob o ponto de vista da determinação da pena. Então, de um lado a autoria direta, e a autoria mediante determinação e de outro a autoria por contribuição²⁸.

Crítica ao sistema apresentado é que na investigação da contribuição ao delito como autoria, entende-se como obra comum, e não de um (ou mais) indivíduo ajudado por outros, implica também equivocada ampliação do sentido do injusto, de onde se extrai seja o conceito unitário de autor incapaz de ressaltar o desvalor concreto da conduta de cada interveniente para o delito²⁹.

²⁴ ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.25.

²⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 58.

²⁶ *Ibidem*, p. 59.

²⁷ *Ibidem*, p. 58.

²⁸ *Ibidem*, p. 59.

²⁹ ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.30.

2.4 TEORIAS DIFERENCIADORAS

Contra o sistema unitário, o sistema diferenciador de Jescheck, o qual parte basicamente da distinção entre autores e partícipes. Neste, as diferentes contribuições fáticas são concebidas de acordo com seu peso material, sendo que o injusto orienta-se pelo respectivo autor descrito nos crimes em espécie, distinguindo já todos os participantes no próprio tipo³⁰.

Dai a formulação do conceito extensivo de autor, segundo o qual o partícipe é partícipe não porque sua contribuição ao crime possua, em si, menor relevância, mas porque a lei previu expressamente uma hipótese que lhe limita a punibilidade³¹.

A crítica é que a delimitação entre autoria e participação dessa forma demanda trabalho exaustivo de extrema complexidade normativa³².

2.4.1 Teorias objetivo-formal e objetivo-material

Em complemento aos conceitos extensivo e restritivo, a doutrina desenvolveu as teorias objetiva e subjetiva de ideia de autoria, buscando desenvolver a distinção entre as diversas formas de contribuição para o fato delitivo, levando em conta ou o grau de exteriorização da participação do fato, ou a direção da vontade dos participantes³³.

As teorias objetivas partem basicamente de um conceito restritivo de autor e veem o critério decisivo para a delimitação da autoria no lado meramente objetivo do fato punível, tendo em vista a descrição da conduta típica. Tem duas vertentes, as terias objetivo-formal e objetiva-material³⁴.

³⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 61.

³¹ ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.34.

³² ALFLEN, *opus citatum*, p. 61.

³³ ALFLEN, *opus citatum*, p. 69.

³⁴ ALFLEN, *opus citatum*, p. 69.

Nesta teoria, autoria e participação definem-se a partir da realização da conduta típica. Trata-se de saber quem praticou a ação que constitui crime e quem nela tomou parte, sem a executar³⁵.

Nessa definição a partir da realização da conduta típica delimita-se, com nitidez, a participação e autoria. Ela deve ser completada para que o conceito de autor abranja também a situação de quem, tendo o domínio final do fato, se serve, para cometer o crime, de pessoa não imputável ou não culpável (autoria mediata). Assim, a autoria é genuinamente a realização do tipo baseada na própria atividade, à qual será equiparada a utilização de um instrumento humano, quando tal instrumento não tenha sido capaz de realização do fato³⁶.

A teoria objetivo-formal foi representada principalmente por Beling, Liszt e Zimmerl. É objetiva porque a delimitação é verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante, e formal porque para esta delimitação objetiva recorre-se aos tipos penais da parte especial do Código Penal. De acordo com ela, é autor quem realiza por sim mesmo e o partícipe quem contribui tão só por meio de atos preparatórios e de apoio. A crítica é que em determinados tipos penais como o de roubo, em que um indivíduo emprega violência, ao passo que outro efetua a subtração, a teoria não permite esclarecer quem seria o autor do fato³⁷.

Na teoria objetivo-material, do grupo de Feuerbach, Berner, Flegenheimer, Birkmeyer e Frank, em vez da execução da ação típica, parte-se da análise da maior periculosidade, caracterizando a contribuição para o fato por parte do autor face ao partícipe. Importante papel nesse contexto assumiu Frank, o qual, a partir da distinção entre causa e condição, ressaltou que a causa é a causalidade intermediada fisicamente, enquanto a condição o é psiquicamente. Isso separa os fatos puníveis em crimes de resultado e crimes de atividade³⁸.

A crítica às teorias elencadas baseadas no conceito restritivo de autor se encontra em sérias dificuldades no que dizia respeito à chamada autoria mediata. Imaginando num

³⁵ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 624.

³⁶ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 626.

³⁷ ALFLEN, *opus citatum*, p. 71.

³⁸ ALFLEN, *opus citatum*, p. 71.

exemplo um médico que querendo causar a morte de seu inimigo que se encontra internado em hospital e que determina a enfermeira que aplique injeção letal. O médico, como se percebe, não praticou a conduta narrada pelo tipo do artigo 121 do Código Penal, sendo que pela teoria objetiva, não pode ele ser considerado autor, o que não parece ser a melhor solução³⁹.

2.4.2 Teoria subjetiva

Em oposição à teoria objetiva, se impôs na práxis alemã a teoria subjetiva, baseada na teoria da equivalência das condições. Com isso, entende-se que todas as condições têm o mesmo valor para a causação do resultado. Então, ocorre separação da autoria e participação, com base exclusivamente no direcionamento da vontade dos participantes⁴⁰.

Na teoria subjetiva, que parte de um conceito extensivo, autor é aquele que, com vontade (*animus auctoris*), produz uma contribuição objetiva para a realização do tipo e quer o fato como próprio (por interesse do resultado), ao passo que, partícipe (*animus socii*) é aquele que age com a vontade de participar e quer o fato como resultado alheio, constituindo assim a fórmula do *animus*. Assim, o autor realizando a conduta como protagonista da história e o partícipe, não querendo o fato como próprio, mas sim alheio, exerce um papel secundário, sempre acessório⁴¹.

Essa teoria é suscetível a críticas, por se apoiar exclusivamente na categoria da causalidade, de modo que não se coaduna com um sistema de orientação finalista nem funcionalista, contrariando o princípio estruturante do direito penal vigente, segundo o qual os tipos penais devem ser delimitados e circunscritos por critérios claramente objetivos.

Na teoria, a distinção entre autores e partícipes consta na vontade que das suas ações ou no interesse com relação ao resultado delitivo. Dessa forma, autor é aquele que atuaria com *animus auctoris*, é dizer, desejando o fato criminoso como próprio, com dolo, enquanto que o

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 420.

⁴⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 73.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 421.

partícipe é o sujeito que atua com *animus socii*, apreendendo o delito como fato alheio ou do interesse de outrem⁴².

O exarcebamento da teoria é o caso da banheira em que sentença proferida pelo STF alemão que atribuiu responsabilidade aos agentes a título de simples cumplicidade, por entender ausente interesse e vontade própria na morte das vítimas⁴³.

Nessa linha 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 é majoritariamente descartada, podendo ser utilizadas nos casos em que a vontade se dissocia completamente dos atos executivos, então, as responsabilidades dos intervenientes apenas podendo ser definidas conferindo-se primazia à atitude mental do sujeito de trás (o autor mediato)⁴⁴.

2.4.3 Teoria do domínio do fato

Também distingue autores de partícipe, porém o conceito é mais amplo, abrangendo não só aqueles que realizam a conduta descrita no tipo, como também os que têm controle pleno do desenrolar do fato criminoso, como o poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca das circunstâncias de sua execução⁴⁵.

São expoentes na teoria Welzel e Claus Roxin. Por Welzel, cabe a expressão domínio final do fato como pressuposto fático da autoria, sendo um terceiro pressuposto, ao lado dos pressupostos objetivo e subjetivo. Nesta teoria, o autor é o senhor sobre a decisão e a execução da vontade final de realizar o fato.

Para Roxin, o domínio do fato por aparatos organizados de poder. Aparato este desvinculado do direito e com o homem de trás (o autor mediato) que se aproveita das

⁴² ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.37.

⁴³ *Ibidem*, p.38.

⁴⁴ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.39.

⁴⁵ ESTEFAM, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 19.3

condições básicas determinadas por essa estrutura, com processos regradados, onde este se aproveita da disposição incondicional do instrumento.

3 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

3.1 A CONTRIBUIÇÃO DE HANS WELZEL

As expressões “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” foram empregadas pela primeira vez no Direito Penal no ano de 1915, por Hegler. O domínio integral do fato era analisado como pressuposto material da culpabilidade, ou seja, somente agia com culpabilidade quem tinha o domínio do fato. Não surgiu como critério específico ou delimitação da autoria e da participação⁴⁶.

Em 1932, Bruns utilizou a expressão para distinguir autoria e participação. Entende, ainda, que na instigação e no auxílio falta o domínio do fato em relação ao resultado final⁴⁷.

Três anos após, Von Weber transporta a expressão domínio do fato ao âmbito subjetivo, referindo autor quem pratica o fato com vontade própria de dominá-lo, sendo autor mediato quem se serve de outra pessoa que, por sua vez, atua sem vontade de dominar o fato⁴⁸.

Então, em 1939, Welzel vincula a concepção do domínio do fato ao conceito de ação final. Extraí ele a ideia de que o resultado pertence à pessoa como sua obra, por regular e conduzir o acontecimento causal conforme sua vontade, não nas determinações legais, senão nas formas essenciais de manifestação da conduta final dentro do mundo social que se encontra a distinção estrutural entre autoria e participação⁴⁹.

Nessa linha, segue a caracterização da conduta humana como realização da vontade assentada na ideia de que o homem pode realizar, de acordo com o fim estabelecido por si mesmo, a conformação do futuro (do curso causal). Possui, então, o domínio do fato quem é o

⁴⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 82.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 87.

senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre seu ato, o qual realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência⁵⁰.

Daí referir que a autoria possui os seguintes pressupostos pessoais, decorrentes da estrutura do tipo: a) objetivos, tais como a posição especial de dever do autor (funcionário público, militar, advogado, etc), e b) subjetivos, tais como intenções especiais, tendências ou tipos de sentimentos; e pressupostos fáticos: o domínio final do fato (o autor é o senhor sobre a decisão e sobre a execução da sua vontade final)⁵¹.

Então, quando o tipo penal contém pressupostos desta espécie, objetivos e subjetivos, em relação ao autor, somente com a reunião de todos eles haverá autoria. Na falta de um deles, elimina-se a possibilidade de se falar na autoria do fato⁵².

3.2 A CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

O jurista alemão desenvolve sua concepção no ano de 1963, e a este, o legislador é o criador de conceitos que define diretrizes cedidas ao aplicador de direito para apreciação do caso concreto. Ou seja, seu conceito de domínio de fato remete-se a situações empíricas, que fornecem a delimitação do conceito, delineando critérios gerais obtidos por meio da jurisprudência e da doutrina⁵³.

Roxin apontou que foi o legislador alemão quem deu o primeiro passo em direção à delimitação da ideia de coautoria, orientando-se pela tripartição do Code Penal francês de 1810, que distingue entre autores, instigadores e cúmplices. Apesar dessa distinção, segundo Roxin, a legislação alemã ainda conserva o chamado conceito unitário de autor⁵⁴.

O autor entende que os tipos penais não são meras abstrações, ao contrário, eles apresentam a tentativa de circunscrever a figura central do acontecimento, logo, o autor é um componente da descrição do fato. Em sua obra “Autoria e Domínio do Fato”, o jurista desenvolveu a ideia de domínio do fato sob o fundamento de que o autor é figura central, que

⁵⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁵¹ *Ibidem*, p. 90.

⁵² ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 91.

⁵³ *Ibidem*, p. 108.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 109.

domina o fato, isto é, que desempenha papel decisivo na realização do tipo. Em outras palavras, aquele que tem influência decisiva para o acontecimento é o autor⁵⁵.

3.2.1 Delitos de domínio

Roxin criou a figura jurídica da autoria mediata em razão do domínio da vontade em aparatos de poder que a chamou de Teoria de Domínio da Organização, sendo o critério diferencial da autoria, em oposição à participação, a regra do domínio da organização do tipo⁵⁶.

Nessa teoria, é desenvolvido um modelo tripartido teórico de domínio do fato (*tatherrschaft*), ou seja, domínio da realização do tipo. Esse domínio do acontecer típico pode ocorrer de três maneiras: mediante a realização pessoal do fato (domínio da ação – *handlungsherrschaft*), mediante a execução conjunta do fato (domínio funcional do fato – *funktionale thatherrschaft*) e por via da realização do fato através de outro (domínio da vontade – *willensherrschaft*). Correspondendo, respectivamente à autoria direta, à coautoria e à autoria mediata⁵⁷.

3.2.2 Domínio da ação – realização pessoal do fato

Na autoria direta como domínio da ação, o autor é, antes de tudo, quem preenche integralmente o tipo por meio de sua atividade corporal (isto é, com as próprias mãos).

3.2.3 Domínio funcional do fato – execução conjunta do fato

Na coautoria como domínio funcional, cada coautor domina apenas sua parte, mas não o acontecimento integral. Aqui a coautoria se distinguindo estruturalmente da autoria direta e da autoria mediata em virtude de que a coautoria consiste na realização do tipo por meio da execução pela divisão de trabalhos, ou seja, no domínio do conjunto do fato. Teve como

⁵⁵ *Ibidem*, p. 110.

⁵⁶ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do domínio da organização. **Coletânea desenvolvimento atuais das ciências criminais na Alemanha**. Editora Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 310.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 310.

fundo em uma ideia propugnada por Welzel, de que cada delinquente tem uma função insubstituível, que lhes confere o domínio conjunto⁵⁸.

Quanto à estrutura do domínio funcional, três pressupostos para a coautoria: a) existência de um planejamento conjunto, b) execução conjunta e c) prática de uma contribuição essencial⁵⁹.

3.2.4 Domínio da vontade – realização do fato através de outro

O domínio da vontade, isto é, a realização do fato através de outro, apresenta-se de diversas formas, verificando-se não apenas quando um homem de trás se utiliza para o cometimento do fato, mas também quando dirige um “aparato de poder”, que garante o cumprimento de sua ordem independentemente da pessoa do executor individual⁶⁰.

Ou seja, pode ocorrer em três casos: a) quando o homem de trás domina o fato na medida em que coage o executor imediato à realização do tipo (domínio da vontade em virtude de coação), b) quando um homem de trás induz o executor em erro, mantendo-o em seu planejamento delitivo (domínio da vontade em virtude de erro) e c) quando do homem de trás, enquanto emissor de ordens em um aparato organizado de poder pode se servir de órgãos de execução substituíveis (domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder)⁶¹.

Sobre esse último, o domínio da organização depende de três pressupostos: a) o agente deve exercer um “poder de comando” no marco da organização, b) a organização que deve ter se desvinculado do direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante, e c) os executores individuais devem ser substituíveis (fungíveis)⁶².

Esses três requisitos levam a elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, porque no âmbito da organização de poder exerce pressão no sentido de seu

⁵⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 119.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁰ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do domínio da organização. **Coletânea desenvolvimento atuais das ciências criminais na Alemanha**. Editora Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 311.

⁶¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 126.

⁶² ROXIN, *opus citatum*, p. 311.

cumprimento, porque a desvinculação do sistema de direito leva a não temer consequências penais e porque a fungibilidade induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta⁶³.

A teoria de Roxin ganhou reconhecimento nos últimos anos na própria Alemanha quando em 1994 o STF de lá estendeu a teoria a empreendimentos econômicos. Todavia, desde 1985 essa figura jurídica já havia desempenhado papel na Argentina, no julgamento de militares, bem como em tribunais do Chile, Colômbia e Peru. Inclusive, nesta última a teoria teve uma sólida e especial recepção em nível internacional em duas sentenças peruanas, que no ano de 2009 condenaram o ex-presidente Fujimori como autor mediato⁶⁴.

Antes da teoria do domínio da organização, esteve em voga no Direito Penal Internacional as figuras jurídicas da empresa comum (*joint criminal enterprise* – intervenientes executam uma empresa comum, a partir de uma decisão comum) e da denominada “responsabilidade do superior hierárquico” (superior que viola seu dever de vigilância a qualquer delito que possa ser cometido por seus subordinados)⁶⁵.

Já o fundamento jurídico dessa evolução radica no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (o denominado Estatuto de Roma), que reconheceu expressamente, no artigo 25, III: a), a autoria mediata através de executor completamente responsável. Segundo o citado preceito, é autor mediato quem “comente o fato através de outra pessoa, independentemente de ser ou não penalmente responsável”⁶⁶.

Ainda a título de aplicação da teoria do domínio da organização, a sentença Kantanga em 2008 e a ordem de prisão ao presidente sudanês Al Bashir em 2009⁶⁷.

As críticas ao autor são de Weigend, que entende por autoria mediata unicamente a utilização de uma pessoa irresponsável, sendo que Roxin contrapõe dizendo que tal autoria não consiste no domínio do executor e sim no domínio da realização do tipo.⁶⁸

⁶³ ROXIN, *opus citatum*, p. 311.

⁶⁴ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do domínio da organização. **Coletânea desenvolvimento atuais das ciências criminais na Alemanha**. Editora Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 312.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 326.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 326.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 315.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 317.

Roxin remete Jakobs por esse dizer que aqueles que atuam em aparato organizado são instrumentos e, portanto, quem emite ordens não é autor mediato porque, como qualquer partícipe, não pode ser o último a decidir, sendo o correto a aplicação da teoria da reponsabilidade pela situação de poder. Diz que Jackobs aceita a teoria do homem de trás, primeiro considerando-a como coautoria, depois, como o caso Fujimori, fundamentando-a unicamente na violação de deveres de funcionário por parte do presidente⁶⁹.

Todavia, a ideia de domínio da organização, para Roxin, oferece a mesma vantagem proposta de coautoria proposta por Jacobs, mas em outra medida, pois permite não só a igualdade jurídica, mediante a punição de ambos como autores, mas também caracterizar a diferente classe da autoria, de um lado o domínio da ação, de outro o domínio da organização⁷⁰.

Por fim, Roxin cita possível a coautoria mediata elencada por Werle e Burghardt, quando o Tribunal Penal Internacional (TPI) reconheceu a coautoria mediata em virtude do domínio da organização. Dois são os casos, o primeiro, no caso Al Bashir, foi situação na qual o domínio do fato ou controle sobre ele ou sobre os intermediários é exercido por várias pessoas mancomunadas. No segundo, os membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA eram coautores e dominavam mutuamente a realização dos tipos penais⁷¹.

3.2.5 Delitos de dever

Nem todos os tipos de crime têm estrutura que permite explicar as questões sobre a autoria por meio da teoria do domínio do fato. Os crimes de infração de dever caracterizam-se pelo fato de que a autoria da realização do tipo penal não depende do domínio do fato, mas da infração de um dever que incumbe ao agente⁷².

Jakobs registra que há deveres que provém da organização da intervenção do agente e deveres que provém da sua posição institucional. Os crimes de domínio, para ele, estão para o

⁶⁹ *Ibidem*, p. 321.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do domínio da organização. **Coletânea desenvolvimento atuais das ciências criminais na Alemanha**. Editora Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 325.

⁷¹ *Ibidem*, p. 339.

⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução do Espanhol da 2ª ed. do Derecho Penal - Parte General. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 453.

âmbito da organização, e nos crimes de infração de dever a competência encontra-se fundada na lesão de deveres protegidos institucionalmente⁷³.

Roxin pontua que na ideia de domínio do fato existem preceitos penais que excluem sua aplicação. E isso deriva da significação do tipo. Se os tipos descrevem ação e pessoa do autor e os preceitos sobre participação, com respeito àqueles, se apresentam as causas de extensão da pena, ao requerer um tipo por parte do funcionário, sendo que aos partícipes essa condição pode faltar⁷⁴.

A opinião contrária conduziria a consequências impensáveis: ações de particulares se veriam culminadas, como de delitos de funcionários em autoria mediata, mas não é isso que o legislador deixa claro ao propor delitos mais graves ou menos graves “em exercício de cargo” e sim que só o *intraneus* pode ser autor de delitos funcionais⁷⁵.

Desta forma, não é a condição de funcionário, nem tampouco a qualificação abstrata que converte um sujeito em autor, mas o dever específico, que se deriva de ter encomendada uma matéria jurídica, dos indiciados de comportar-se adequadamente, cuja infração consciente fundamenta a autoria⁷⁶.

Roxin dá como exemplo lesões em exercício de cargo (p. 340 do Código Penal Alemão). Esta não abarca toda lesão cometida por funcionário, senão aquelas em que o feito tem relação com um ato concreto de exercício de cargo. Igual caso é o médico ou o advogado que violam segredo profissional, pois tem que quebrar o dever de sigilo para surgir de uma situação concreta de serem autores deste tipo delitivo. Quem não é sujeito desse dever, ainda que domine o sucesso do curso, só responde como partícipe. Aliás, o *extraneus* partícipe, para efeitos práticos, tem o dever de obediência secundário⁷⁷.

Agora o elemento que decide a autoria constitui uma infração de um dever extrapenal que não se estende necessariamente para a realização do tipo. Tratam-se sempre de deveres que estão antepostos no plano lógico à norma, e geralmente, se originam em outros ramos

⁷³ BACIGALUPO, *loco citato*.

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2000, p. 386.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 386.

⁷⁶ *Ibidem* p. 386.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 386.

jurídicos. Exemplos desta categoria são os citados deveres jurídico-públicos dos funcionários, os mandatos de sigilo em certas profissões ou estados e as obrigações jurídico-civis de satisfazer alimentos e lealdade⁷⁸.

Todos eles se caracterizam porque o obrigado sobressai entre os demais cooperadores por uma especial relação com o conteúdo do injusto do fato e porque o legislador os considera como figura central do sucesso da ação, como autores⁷⁹.

Assim, Roxin aponta que se deve descartar completamente a ideia do domínio do fato nestes casos, pois o sentido da ação, a distinção pessoal da conduta de cooperar se baseia na distinção das formas de participação, resultando unicamente da vulnerabilidade do vínculo de lealdade⁸⁰.

Num exemplo, o administrador único que, desde os EUA pede a um *extraneus* que faça desaparecer o dinheiro na Alemanha, este agente não pode ser autor de administração desleal por falta de dever de lealdade, enquanto aquele também não poderia responder pelo crime, se aplicado o domínio do fato⁸¹.

No exemplo, não é vontade do legislador que o autor fique impune, pois o administrador do patrimônio foi desleal. Por isso é que se deve ater em delimitar autoria e participação unicamente se o cooperador ocupa ou não posição extrapenal descrita no tipo. Esta configuração do tipo tem por consequência que o *extraneus* não pode ser autor no sentido do preceito especial, senão só indutor ou cúmplice⁸².

Como resultado, a coautoria que se obtém em delitos de infração de dever conduzem a uma estrutura distinta que o teor do conceito geral de autor, pois somente cabe falar em caráter comum neste sentido quando várias pessoas se encontram sujeitas a um mesmo e único dever⁸³.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 387.

⁷⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2000, p. 388.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 389.

⁸¹ *Ibidem*, p. 389.

⁸² *Ibidem*, p. 389.

⁸³ *Ibidem*, p. 391.

Roxin acrescenta que o que vale para coautoria, em princípio sistematiza-se do mesmo modo na autoria mediata nos delitos de infração de dever, ou seja, não se requer o domínio do fato. Basta que o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação a uma pessoa que se encontra a margem da posição de dever que fundamente a autoria. Num exemplo, o funcionário que sem ter o domínio do fato, determina a *extraneus* a realizar o resultado juridicamente desaprovado, então aquele é autor mediato e o *extraneus*, apesar do seu domínio do fato, é somente cúmplice⁸⁴.

Ademais a norma alemã, contida no § 28 do Código Penal Alemão, estabelece a incomunicabilidade dos elementos pessoais aos partícipes. Nos seguintes termos:

§ 28. Características pessoais especiais

(1) Se faltam características pessoais especiais (§ 14, inciso 1) no partícipe (Instigador ou cúmplice), que fundamentam a punibilidade do autor, então se deve reduzir a pena, de conformidade com o § 49, inciso 1.

(2) Se a lei determina que características pessoais especiais agravam a pena, a diminuem ou a excluem, então isto só rege aos partícipes (autor ou partícipe), em quem concorram.⁸⁵

Agora, o principal que se quer dizer é que o dever que constitui a matéria da lesão jurídica nesses tipos penais não é o dever genérico, pelo contrário, um dever extrapenal, que não alcança todo partícipe, mas somente aqueles que têm uma determinada posição. Nesse sentido, afirma-se que delitos de infração de dever são todos aqueles cujos autores estão obrigados institucionalmente a um cuidado para com o bem⁸⁶.

Desta forma o critério determinante para a autoria é tão somente a infração do dever especial, independente ou não do domínio do fato. Dando-se a coautoria nos casos de violação conjunta do dever especial. Nessa linha, sustenta-se que autoria mediata é possível, como no caso de administrador que aconselha o terceiro a obter uma vantagem patrimonial causando prejuízo ilícito ao patrimônio administrado⁸⁷.

⁸⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2000, p. 394.

⁸⁵ Código Penal Alemão, traduzido ao espanhol por Claudia López Diaz.

⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução do Espanhol da 2ª ed. do Derecho Penal - Parte General. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 465.

⁸⁷ BACIGALUPO, *loco citato*.

4 O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES FUNCIONAIS

4.1 CONCEITO DE CRIME FUNCIONAL

A regra é o crime comum em que o tipo não exige condição especial alguma do sujeito ativo, motivo pelo qual pode ser praticado por qualquer pessoa. Já no crime especial ou próprio (a exceção), o tipo exige uma qualidade especial do agente, razão pelo qual só pode ser praticado por alguma pessoa em particular, a exemplo do peculato (Código Penal, artigo 312) e do patrocínio infiel (Código Penal, artigo 355), que só podem ser praticados respectivamente por funcionário público e advogado/procurador⁸⁸.

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 pessoas⁸⁹.

Desta forma, no caso em que os fatos lesivos da Administração Pública são praticados pelos próprios exercentes de cargo, emprego ou função pública, apresentam-se os que os práticos chamavam *delicta in officio*, isto é, *delicta propria* dos participam da atividade do Estado. Inclusive, administração é o conjunto das funções exercidas pelos vários órgãos do Estado, em benefício do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade. No desempenho de um cargo oficial ou exercício de uma função pública, aí poderá ser cometido o específico ilícito penal de *quo agitur*, seja por aberrante conduta das próprias pessoas integradas na órbita administrativa, isto é, os funcionários públicos (agentes do poder público, empregados públicos, *intraneus*), seja ação perturbadora de particulares (*extraneus*)⁹⁰.

O que se quer dizer é que por um ponto de vista o ilícito penal administrativo não é uma ação contrária ao direito, isto é, não apresenta lesão ou perigo a um interesse juridicamente tutelado, mas sim uma ação contrária à administração, isto é, uma falta de

⁸⁸ Queiros também cita que comumente a doutrina refere também como crime especial os crimes de mão própria, que são aqueles que exigem, de parte do autor, a realização pessoal do tipo, não se admitindo, por isso a realização por interposta pessoa (autoria mediata), como falso testemunho. O próprio autor discorda.

⁸⁹ ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p.02.

⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal. Vol. IX. Artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 312.

cooperação com a atividade administrativa do Estado. Por isso mesmo, a norma penal comum sanciona um direito subjetivo da justiça e a norma penal administrativa sanciona um direito subjetivo da administração. Ou seja, numa simples falta de cooperação, o delito administrativo não é delito de dano: não constitui um *damnum emergens*, é um *lucrum cessans*. É sempre delito de omissão⁹¹.

A fixação de posições de garantia revela-se um interessante mecanismo à disposição do legislador contemporâneo, porque permite a delimitação de esferas de responsabilidade, atribuindo a indivíduos que desempenhem atividades, exerçam funções ou papéis de relevo social um dever diferenciado⁹².

Historicamente, a origem dessa disciplina remonta ao Direito Penal Romano sob a nomenclatura *delicta* própria, que definia os ilícitos penais que podiam ser cometidos por uma determinada classe de cidadãos. Na época, esses tipos penais, considerados “delitos de estado”, voltavam-se exclusivamente à punição de condutas praticadas por indivíduos que detinham status na sociedade, no caso, os militares, funcionários públicos e religiosos⁹³.

No Brasil, as figuras do peculato, prevaricação e violência arbitrária já estavam previstas no Código Penal do Império (1830), e a corrupção, tipificada desde o período das Ordenações do Reino⁹⁴.

Modernamente, o Direito Penal caminha no sentido de concentrar esforços em tutelar bens coletivos, difusos ou meta-individuais deixando num segundo plano os bens jurídicos individuais. Tais bens difusos são as instituições sociais, de caráter estatal ou civil. Nesse sentido, ocorre crescente tipificação das chamadas “posições de garantia”, por meio das quais se atribui a indivíduos determinados o dever de asseguramento dos bens jurídicos em jogo⁹⁵.

Então, é precisamente pela atribuição da responsabilidade penal principal pelo regular funcionamento de certa instituição a um grupo determinado de indivíduos que decorre a

⁹¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal. Vol. IX. Artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 317.

⁹² ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.18.

⁹³ *Ibidem*, p.15.

⁹⁴ *Ibidem*, p.15.

⁹⁵ *Ibidem*, p.19.

natureza especial dos tipos de delito que disciplinam condutas perigosas aos bens jurídicos protegidos⁹⁶.

Como exemplos brasileiros dessa previsão de delitos especiais em âmbitos, podem-se citar além dos delitos de funcionário contra a Administração Pública (título XI, capítulo I, do Código Penal) e dos delitos militares (Decreto-Lei nº 1.001/1969), os delitos de abandono material e intelectual (artigos 244 e 246, do Código Penal), os delitos societários (artigo 177 e seguintes, do Código Penal), a omissão de notificação de doença (artigo 269, do Código Penal) e a sonegação de papel ou objeto de valor probatório (artigo 356, do Código Penal)⁹⁷.

São igualmente especiais quase todos os delitos previstos pela Lei Federal nº 7.492/1986, que disciplina os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, os crimes de responsabilidade de agentes políticos (Lei Federal no 1.079/1950 e Decreto-Lei no 201/1997), os de abuso de autoridade (Lei Federal no 4.898/1965), os de concorrência desleal (artigo 195, da Lei Federal no 9.279/96) e o de quebra ilegal de sigilo bancário, na modalidade divulgação (artigo 11, da Lei Complementar 105/2001)⁹⁸.

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 (artigo 195 do Código Penal Militar), é *intraneus* o militar, e *extraneus* o civil. Nos crimes funcionais, é o funcionário público *intraneus*, e o particular, *extraneus*.⁹⁹

Quando qualificados e não-qualificados (*intraneus* e *extraneus*) praticam em conjunto um delito especial, a atribuição de responsabilidade traz importantes questionamentos. Então, de um lado a inviabilidade de que terceiros não-qualificados (*extraneus*) possam lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido e de outro o artigo 30 do Código Penal, que trata das chamadas circunstâncias incommunicáveis, para afirmar a possibilidade irrestrita de fazer responder o *extraneus* pelo delito especial para o qual concorra¹⁰⁰.

⁹⁶ *Ibidem*, p.19.

⁹⁷ ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.85.

⁹⁸ *Ibidem*, p.85.

⁹⁹ *Ibidem*, p.21.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.22.

4.2 DELITOS FUNCIONAIS, DELITOS PRÓPRIOS E DELITOS DE DEVER

Os crimes funcionais se dividem em próprios e impróprios, sendo que estes últimos também recebem a denominação de mistos. Nos crimes funcionais próprios, a condição de servidor público desempenha uma função de tal maneira preponderante, que se o autor não a possuísse o fato seria perfeitamente atípico. É o caso da concussão, prevista no artigo 316 do Código Penal, em que a exigência de vantagem por parte do indivíduo somente adquire relevância penal porque ele é um funcionário público. Não fosse assim, seria perfeitamente desimportante da ótica penal¹⁰¹.

Nos crimes funcionais impróprios ou mistos, além da violação de um dever funcional público, há também a prática de um crime comum. São crimes funcionais impróprios o peculato (Código Penal, artigo 312) e a violência arbitrária (Código Penal, artigo 322), por exemplo. No primeiro caso, o peculato, além de uma infração do dever funcional, há uma apropriação indébita, ou um furto. No segundo além da infração, há o crime cometido contra a pessoa¹⁰².

Desta forma, são crimes funcionais, para todo e qualquer efeito, os crimes qualificados pela circunstância de ser o agente servidor público, agindo ele com abuso de sua posição. Assim, serão funcionais as formas qualificadas dos crimes de violação de domicílio (Código Penal, artigo 150, § 2º), de violação, sonegação ou destruição de correspondência e violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (Código Penal, artigo 151, § 3º), dos crimes contra a liberdade sexual, da sedução e da corrupção de menores e do rapto (Código Penal, artigo 226, inciso II, última parte) e de moeda falsa (Código penal, artigo 289, § 3º), entre outros¹⁰³.

Ou seja, crimes funcionais são todos aqueles praticados por funcionário público, ou pessoa a este equiparada, *in officio vel ratione officii*. São os próprios. Mas esse círculo de restrição de possíveis autores que apresentam essa configuração uma típica também permitem os crimes funcionais impróprios¹⁰⁴. Aqui, não é só o crime que somente por funcionário

¹⁰¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes Funcionais de Prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.14.

¹⁰² *Ibidem*, p.15.

¹⁰³ *Ibidem*, 2002, p.15.

¹⁰⁴ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.14.

público pode ser cometido, senão também aquele em que a qualidade do funcionário público, de que se revista o agente, operando majorante ou qualificativa¹⁰⁵.

Há também a distinção entre crime próprio e crime de mão própria. Crime próprio, como já mencionado, é aquele que só pode ser praticado por aqueles que gozam de condição especial exigida no tipo penal. Contudo, há outros tipos penais que, embora também exigindo certas qualidades ou condições especiais, vão mais adiante. Para sua caracterização é preciso que o sujeito ativo, expresso no tipo penal, pratique a conduta pessoalmente. Em razão desse fato é que tais infrações penais são conhecidas como de mão própria. A exemplo, somente o militar é que pode desertar (artigo 187 do Código Penal Militar), pois ninguém pode fazê-lo em seu lugar¹⁰⁶.

Como regra, não se admite autoria mediata nos crimes de mão própria, por serem crimes de atuação pessoal, já que o autor será somente aquele que praticar a conduta prevista no núcleo do tipo penal¹⁰⁷.

Sobre a expressão delitos de infração de dever, ROXIN já na primeira edição de sua obra *Autoria e Domínio do Fato em Direito Penal* cunhou a expressão para os casos de delitos cometidos por funcionários públicos (crimes próprios). Desde então, diversos foram os autores que passaram a empregá-la 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 delitivos¹⁰⁸.

O significado da expressão delitos de infração de dever supera a simples conceituação de uma categoria de ilícitos penais que restringem normativamente o círculo de possíveis autores. Alude a nomenclatura 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, quando o fundamento da restrição da autoria aos *intraneus* deve-

¹⁰⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal. Vol. IX. Artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 224.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 428.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 428.

¹⁰⁸ ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p. 107.

se a que apenas eles estariam vinculados a um dever especial, cuja violação seria pressuposto da infração da norma penal¹⁰⁹.

4.3 O CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O instituto da codelinquência constitui-se sob as oscilações de duas teorias principais: a que equipara e a distingue os participantes. Buscava-se a primeira na idêntica atividade psíquica e a segunda na diversa atividade física. A pena ora em função do elemento material comum, ora em função variável da contribuição material¹¹⁰.

Num contexto histórico, as doutrinas romana, canônica e francesa consagraram a solidariedade na pena, confundindo todos os participantes. A doutrina oposta, trabalhada pelos clássicos, torna cada delinquente responsável, unicamente, pelo que fez ou pelo que mostrou querer fazer, como se estivesse isolado na sua obra¹¹¹.

A coeficiência intelectual e material de todos fundamentam a responsabilidade solidária no crime e na pena. Assim preferiu a teoria unitária. Por outro lado, seria difícil distinguir os diversos graus de participação¹¹².

No Brasil, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 distinguiram os autores dos cúmplices, mas ambos eram punidos pelo tipo objetivamente configurado, sem atender para o dolo de cada partícipe¹¹³.

No Código de 1830, a diferença entre autores e cúmplices era traçada pela forma objetiva da contribuição de cada agente para o delito. O que, portanto, faz de uma pessoa autor do delito era o cometimento da ação típica, ou o constrangimento de alguém a prática de um fato definitivo e previsto na lei penal como crime. E cúmplice, segundo o mesmo estatuto penal, eram todos os demais que diretamente concorrerem para se cometer o crime. A cumplicidade seria punida como a tentativa, ou seja, um terço a menos que a pena cominada

¹⁰⁹ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p. 107.

¹¹⁰ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código penal. Vol. II. Artigos 28 a 74**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 314.

¹¹¹ LYRA, *opus citatum*, p. 314.

¹¹² LYRA, *opus citatum*, p. 315.

¹¹³ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 117.

aos autores desde que não houvesse pena especificamente prevista para a cumplicidade na parte especial¹¹⁴.

O Código de 1890 amplia o âmbito da autoria, em seu artigo 18, e prevê como cúmplices (artigo 21) os que não prestarem instruções ou auxílios ao autor do delito propriamente dito, ou então os que antes ou durante o crime prometerem auxílio ao autor, se ocultarem ou destruírem instrumentos do crime ou receberem ou comprarem coisas sabendo de sua procedência ilícita. A pena cominada seria tal como no código anterior¹¹⁵.

Todos os partícipes, nos códigos de 1830 e 1890, respondiam pelo mesmo delito. O tipo penal cuja prática lhes era atribuída era o mesmo. A diferença estava, então, na apenação¹¹⁶.

Com o aperfeiçoamento do Código Francês, segundo a fórmula de Getz adotada no Código Norueguês (1902), deu-se a equiparação do cúmplice ao autor, suprimida a teoria do concurso de delinquentes. Nessa linha vai nosso Código de 40, que prevê a agravação da pena ao participante principal, pois o *delictum sui generis* (delito de concurso) despreza o conjunto da realidade na medida em que cada um responderia por seu próprio ato. E o delito, objetivamente único, produzido em iguais vezes ao número de participantes, reproduz-se para cada um dele em relação à sua obra¹¹⁷.

Assim, o Código Penal de 1940 procurou resolver a questão do concurso de agentes com simplicidade, inspirado no código italiano. Adotou-se a teoria monista/conceito unitário, não distinguindo autores dos demais partícipes do delito. Todos são autores, num conceito extensivo de autor, com base na teoria da equivalência dos antecedentes. Ou seja, todos quantos concorrem para o crime são autores, estando submetidos a princípio à mesma escala penal. A individualização aparece na aplicação efetiva e individualizada da pena¹¹⁸.

¹¹⁴ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 117.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 118.

¹¹⁷ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código penal. Vol. II. Artigos 28 a 74**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 316.

¹¹⁸ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 624 e 625.

A adoção pela lei do conceito unitário não exclui, portanto, o trabalho teórico, no sentido de fixar o conceito e o alcance da autoria e participação e suas distintas formas de aparecimento. No conceito unitário, quando se estabelece a punição de todos os partícipes secundários segundo a mesma escala penal prevista para os que realizam a conduta típica, conduz-se a soluções injustas, quando o limite mínimo é elevado. Aí a regra de ouro introduzida em 1969, no artigo 35 do Código Penal, segundo o qual a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente das dos outros, determinando-se segundo a própria culpabilidade¹¹⁹.

Pablo Alflen, citando Ferraz, lembra que a partir de 1940 nosso Código Penal filiou-se à tese da equiparação dos vários agentes do crime, filiação essa refirmada em termos enfáticos, quase trinta anos mais tarde, ao ser promulgado o Código de 1969. Tal diferenciação é importante para os efeitos de uma sanção punitiva. Foi uma consequência inevitável da influência italiana, que adotou o critério da eficiência causal da conduta de cada um dos concorrentes como diretriz para a elaboração do Código Italiano de 1930, optando por um sistema unitário. Antes a ciência jurídico-penal alemã já havia assentado a ideia, segundo o qual o concurso de pessoas teria o paradigma causal por base científica¹²⁰.

Com o advento da Lei n. 7.209/1984 (reforma do Código Penal), consta a designação do Título IV como “Concurso de Pessoas”. A opção pelo sistema unitário foi mantida no artigo 29 do Código Penal, ao dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Tal opção, aliás, foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, no item 25, da Exposição de Motivos à nova parte geral do Código Penal.

O Código Penal de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos).

Ao adotar o sistema unitário, deixaram-se claros dois aspectos: em primeiro lugar, que o sistema unitário não é incompatível com a diferenciação entre as modalidades de autoria e

¹¹⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 166.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 166.

participação; e, em segundo lugar, que apesar de a legislação não definir os conceitos, apresentou alguns critérios que devem nortear a doutrina nessa tarefa¹²¹.

Assim o que realmente a nova legislação consagra é que no concurso de pessoas, a cada um é atribuída a prática do tipo penal para o qual quis contribuir. Não há mais a unidade típico penal consagrada nas legislações anteriores¹²².

E a posição do Código foi que, partindo do princípio da responsabilidade igual para todos os concorrentes, proporciona-se a individualização da pena, segundo a maior ou menor periculosidade. Não há, pois distinção entre participação secundária e participação primária, e entre participação moral e participação material. Desta forma, os promotores, organizadores e diretores da cooperação, como principais autores, revelam maior periculosidade, qualquer que seja o número de concorrentes, e devem ser punidos severamente¹²³.

Organizar e cooperar no crime, para Lyra, é elaborar, previamente, no todo ou em parte, o plano de ação, com a escolha ou indicação de meios e pessoas ou, também, somente com a seleção de pessoas, de modo que as atividades associadas concentram em tal programa um meio eficaz de efetivar a empresa. Dirige a atividade dos demais agentes quem disciplina, articula, fiscaliza, controla, regula a execução, respondendo por sua eficiência¹²⁴.

Ademais, o Código de 1940 equipara o autor intelectual ao autor material, sendo que este só deixa de ser punido se agiu em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, o qual, nesse caso, é o único a responder pelo crime.

Com relação ao concurso em crimes culposos, da exposição de motivos do ministro Francisco Campos ao Código Penal de 1940 consta o seguinte: “igualmente, fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste, tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade

¹²¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 167.

¹²² LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 119.

¹²³ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código penal. Vol. II. Artigos 28 a 74**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 372

¹²⁴ *Ibidem*, p. 372.

de agentes, cada um deste, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação”¹²⁵.

Voltando aos partícipes, o Código Italiano, radicalmente comprometido com a teoria monista, imputa ao agente não apenas as penas do delito mesmo grave por ele querido, mas as penas do delito corrente, beneficiando-o, conforme prevê o artigo 116 do Código Rocco, apenas com diminuição da pena¹²⁶.

4.4 COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL

São quatro os requisitos para a existência do concurso de crimes: 1) pluralidade de condutas; 2) relevância causal das condutas; 3) liame subjetivo; 4) identidade de crime para todos os envolvidos¹²⁷.

Na pluralidade de condutas, para que seja possível a punição de duas ou mais pessoas em concurso, é necessário que cada uma delas tenha realizado ao menos uma conduta. Caso se trate de coautoria, existem condutas classificadas como principais. No caso de participação, existe uma conduta principal, do autor, e outra acessória, do partícipe¹²⁸.

No segundo requisito, a relevância causal das condutas, é importante que estas tenham efetivamente contribuído para o resultado. Mesmo nos delitos em que a lei dispensa o resultado para a consumação, como os crimes formais, o requisito mostra-se indispensável¹²⁹.

Com relação ao liame subjetivo, para que exista concurso de pessoas, é necessário que os envolvidos atuem com intenção de contribuir para o resultado criminoso. Sem esta identidade de desígnios, existe autoria colateral, que não constitui hipótese de concurso de agentes. Um parêntese ao liame subjetivo é a autoria colateral, que ocorre quando duas ou

¹²⁵ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código penal. Vol. II. Artigos 28 a 74.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 373.

¹²⁶ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 126.

¹²⁷ ESTEFAM, André e Goncalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 1308

¹²⁸ ESTEFAM, *loco citato*.

¹²⁹ ESTEFAM, *loco citato*.

mais pessoas querem cometer o mesmo crime e agem ao mesmo tempo se que uma saiba da intenção da outra¹³⁰.

É de se salientar que não é requisito para a configuração do concurso de pessoas a existência de prévio ou expresso ajuste entre as partes. É suficiente que o envolvido tenha ciência de que, com sua conduta, colabora para o resultado criminoso¹³¹.

O quarto requisito apontado pela doutrina é a identidade de crimes para todos os envolvidos. Neste, havendo liame subjetivo, todos devem responder pelo mesmo crime em razão da teoria unitária ou monista adotada pelo Código Penal. Num exemplo rápido, se duas pessoas armadas entram em uma casa para roubar e um consegue fugir e outro é preso no local, ambos respondem por crime consumado, visto que o preso colaborou para o comparsa que concretizou a ação¹³².

Assim, dispõe o artigo 30 do Código Penal que não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Circunstâncias são todos os dados acessórios que, agregados à figura típica, têm o condão de influir na fixação da pena. São circunstâncias de caráter pessoal (subjetivas) aquelas relacionadas à motivação do agente, que podem tornar o crime mais grave ou mais brando. Circunstâncias objetivas são aquelas ligadas ao fato, e não aos autores do crime. São exemplos o local do crime (local ermo), o tempo do crime (ex. durante o repouso noturno), os meios de execução (ex. emprego de arma), o modo de execução (grau de defesa da vítima) e condição da vítima (enfermo)¹³³.

Elementares são os componentes essenciais da figura típica, sem os quais o crime não existe ou é desclassificado para outro. Na corrupção passiva, a exclusão de funcionário público torna o fato atípico. No roubo, a exclusão de violência ou grave ameaça promove a desclassificação para o crime de furto¹³⁴.

¹³⁰ ESTEFAM, André e Goncalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 1308

¹³¹ *Ibidem*, p. 1308

¹³² *Ibidem*, p. 19.7.4

¹³³ *Ibidem*, p. 19.10

¹³⁴ ESTEFAM, André e Goncalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 19.10

Desta forma, circunstâncias ou condições subjetivas (de caráter pessoal) não se comunicam aos participantes, salvo quando forem elementares do crime, isto é, pertencentes ao próprio tipo¹³⁵.

Circunstâncias e condições objetivas (de caráter material) podem se comunicar aos partícipes, desde que estes conheçam tais circunstâncias ou condições¹³⁶.

As elementares, sejam elas subjetivas (pessoais) ou objetivas (materiais), só se comunicam aos partícipes quando conhecidas por eles. Num exemplo, o funcionário público é auxiliado por um particular na apropriação de dinheiro da repartição. A condição pessoal (funcionário público) é elementar do tipo peculato e, por isso, deve comunicar-se ao partícipe, desde que ele tenha conhecimento daquela condição pessoal do autor. Porém, não conhecendo a condição, o partícipe responde por apropriação indébita e não por peculato, pois é vedada a responsabilização penal objetiva¹³⁷.

Nesse sentido, Hungria, pontua que na hipótese de coautoria, o elemento subjetivo (especial) do tipo deve estar presente na ação de todos os coautores. No caso de instigação e cumplicidade, basta que esteja presente o elemento subjetivo no autor e o partícipe conheça sua existência¹³⁸.

Para o autor, inclusive, o elemento subjetivo do ilícito aparece nas seguintes categorias de delitos: nos crimes que exigem especial fim de agir, o chamado dolo específico e também quando certas características particulares do ânimo¹³⁹.

Nos crimes que exigem especial fim de agir, a conduta típica deve ser realizada para alcançar um fim que transcende o momento do consumativo do fato punível. É o caso do crime de prevaricação, onde para que a conduta seja típica e ilícita é *mister* que o agente

¹³⁵ DELMATO, Celso e outros. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.57.

¹³⁶ DELMATO, *loco citato*.

¹³⁷ DELMATO, *loco citato*.

¹³⁸ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 548

¹³⁹ *Ibidem*, p. 549.

retarde ou deixe de praticar indevidamente ato de ofício, ou que o pratique contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal¹⁴⁰.

As características peculiares do ânimo que o agente atua são certos motivos (como motivo fútil ou torpe) ou certas formas de ação (crueldade ou perversidade). É discutível se tais elementos são características do injusto ou culpabilidade, mas o fato é que se têm elementos que fundamentam ou fortalecem o juízo de desvalor social relativamente ao fato, e que constituem, por isso, elementos subjetivos do ilícito¹⁴¹.

O que Hungria diz é que sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva, de que promana o resultado antijurídico, mas para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente de livre de concorrer com a própria ação, na ação de outrem. Já não se exige o “acordo prévio”, um *pactum sceleris* ou mesmo um instantâneo entendimento recíproco entre os concorrentes: a precedência de uma combinação ou de um ajuste é circunstância que excede os requisitos de participação criminosa¹⁴².

Suficiente é a voluntária adesão de uma atividade a outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe. Assim, o criado que, pressentindo o gatuno, e sem que este o perceba, abre a porta da casa, para, em vingança contra o patrão, facilitar o furto, e participe deste. Por isso mesmo que a vontade de contribuir e o vínculo psicológico que, na espécie, sob o prisma jurídico, decide da unidade do título do crime, e indispensável que seja conformada, em relação a cada concorrente, ao elemento subjetivo próprio do crime de que se trata. Nos crimes dolosos, é necessário que o advento do resultado (*eventus damni* ou *eventus periculi*), previsto como certo ou eventual, entre na órbita da vontade do partícipe; nos crimes culposos, é preciso que a vontade de contribuir na ação coletiva se alie inescusável imprevidência no tocante ao subsequente evento lesivo.¹⁴³

Em primeiro lugar, o elemento psíquico da participação criminosa, na sua moderna conceituação, não á a consciência do fim comum, mas a consciente vontade no sentido da

¹⁴⁰ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 549.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 549

¹⁴² *Ibidem*, p. 414.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 415.

ação comum. Se há convergência de ações sem que os agentes tenham consciência disso, não ha falar-se em participação, porque esta, sob o prisma Jurídico-penal, só e concebível quando haja uma ligação ou interdependência de vontades. Inexistindo o nexu volitivo, cada um- dos agentes responde por conta própria e exclusiva e na estrita medida da respectiva ação¹⁴⁴.

Não há, entretanto, exclusão de unidade do título do crime na hipótese da chamada cooperação dolosamente distinta. Esta se acha disciplinada no artigo 29, parágrafo único: “Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Cumpre notar que para tal efeito (atenuação da pena) é preciso que o ocorrido evento mais grave, não querido pelo partícipe dissensiente, esteja na linha de desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu. Esta ilação se impõe pela própria regra da causalidade consagrada pelo Código¹⁴⁵.

No caso em que o evento mais grave seja alheio a atividade para a qual o dissensiente prestou sua cota de causalidade, não há convergência, mas dissidio de energias, rompendo-se o vínculo da unidade causal, na conformidade do parágrafo único do artigo 11: a superveniente conduta dos outros agentes é causa independente e exclusiva do evento diverso mais grave. Tício e Mévio combinam um furto em casa de Caio, e Tício, penetrando na casa, enquanto Mévio fica de alcateia, estupra e mata uma filha de Caio, paia saciar seu instinto de sádico. Não responde Mévio por tais crimes¹⁴⁶.

Deve ponderar-se que não terá aplicação o disposto no parag. único do artigo 48, se o partícipe, embora não tendo interesse no resultado mais grave, previu-o e consentiu no seu advento (dolo eventual). Igualmente deixa de haver atenuação da pena, se o dissensiente se abstém de impedir o evento mais grave, quando podia fazê-lo (concurso mediante omissão no crime mais grave)¹⁴⁷.

Também pode existir situação em que a qualidade de funcionário público resta como circunstância e não elementar, não comunicado essa condição de dever. Num exemplo, seja A

¹⁴⁴ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 417.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 418.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 418.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 418.

um funcionário público e B uma pessoa estranha à repartição. Ambos, em conjunto, subtraem computador de repartição. Para que A responda pelo delito de peculato-furto é necessário saber se a condição deste gravita na órbita de algum dever que foi quebrado, precisamente, se com a facilidade da qualidade que este possuía lhe proporcionou o sucesso da empreitada criminosa. Se a resposta for positiva, é uma elementar e não só uma circunstância, então ambos, A e B, respondem somente pelo crime de peculato, e caso negativo, ambos respondem por furto, já que o *extraneus* segue a sorte o *intraneus*¹⁴⁸.

4.5 A COAUTORIA NOS CRIMES FUNCIONAIS

4.5.1 Crimes Dolosos

Nos crimes dolosos, a doutrina tem caracterizado como autor quem tem domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A teoria do *thaterrshaft* que se iniciou com Welzel e a teoria finalista da ação. Autoria final seria compreensiva de domínio finalístico do fato¹⁴⁹. No entanto, para delitos de infração de dever a conduta principal é a que viola um dever especial.

E a 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 delito¹⁵⁰.

Então, pode-se estabelecer duas hipóteses com relação a qualificação do sujeito. Na primeira hipótese, o *extraneus* que participa da ação faticamente dominada pelo *intraneus*. Aqui, para o *extraneus* que colabora para a execução do delito materialmente dominado pelo *intraneus*, a doutrina predominante entende por sua punibilidade, sempre a título de participação¹⁵¹.

¹⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 454.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 627.

¹⁵⁰ ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.129.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.150.

Numa segunda hipótese, o *extraneus* que domina faticamente a atividade delitiva. 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 cometido¹⁵².

4.5.2 Crimes culposos

A culpabilidade nos crimes culposos não difere, em sua estrutura, da dos crimes dolosos. Ela também requer imputabilidade (capacidade de culpa), o conhecimento potencial da ilicitude e a exigibilidade de comportamento conforme o direito. É aqui também, a culpabilidade, reprovabilidade pessoal pela realização da conduta típica e antijurídica¹⁵³.

Nos crimes culposos, a ação típica e antijurídica é a que viola o cuidado objetivo exigível para a generalidade das pessoas. A culpa em tais crimes está em função da reprovabilidade pessoal da falta de observância, por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado¹⁵⁴.

A consciência (potencial) da ilicitude necessária para a reprovabilidade será, no caso, a possibilidade de conhecer o agente a violação do cuidado objetivo, inclusive com referência à possível lesão do bem jurídico. Ou seja: deve o agente poder conhecer que seu comportamento viola o dever de cuidado, atenção e diligência que lhe competia observar e que daí poderia resultar a lesão do bem jurídico¹⁵⁵.

Na perspectiva da culpabilidade, a previsibilidade do resultado não pode funcionar como mera ficção jurídica. Para fundar a reprovabilidade do comportamento contrário ao dever é necessário afirmar que o agente de que se trata, nas circunstâncias em que ocorreu o

¹⁵² ORTIZ, Mariana Tranches. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. Dissertação de Mestrado apresentada na USP, 2010, p.160.

¹⁵³ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 558.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 558.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 558.

fato, podia, pelo menos, prever o resultado. Inteiramente despropositada será, para os efeitos da culpabilidade, qualquer referência ao *homo medius*¹⁵⁶.

A inexigibilidade de outra conduta opera com maior amplitude nos crimes culposos, pois há estados e situações a que o agente é levado sem culpa, que excluem a reprovabilidade da imprudência ou a negligência com que ele vem a atuar. Não é reprovável a lesão do cuidado objetivo de quem atua imprudentemente, em consequência do medo, do susto, da fadiga e de outros estados semelhantes a que se tenha sido levado sem culpa¹⁵⁷.

Desta forma, o *concursum delinquentium* é plenamente admissível nos crimes culposos. Para que se reconheça o elemento psicológico da participação criminosa é suficiente a vontade consciente referida a ação comum. Se o resultado e também querido, dá-se a participação em crime doloso; se o resultado não foi querido nem previsto, embora previsível, ou se foi previsto, mas não foi querido, dá-se participação em crime culposo. Não é indispensável um prévio acordo de vontades, basta que em cada um dos concorrentes haja conhecimento de concorrer à ação de outrem¹⁵⁸.

É possível tanto a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação. No crime culposo (do mesmo modo que no crime doloso) pode haver cooperação de atividades simultâneas ou sucessivas. Desde que estas se apresentem subjetivamente coligadas ou coordenadas, ou desde que uma saiba que contribui para outra, identifica-se o concurso¹⁵⁹.

Cumprido advertir que, no caso de cooperação sucessiva de atividades subjetivamente independentes ou sem coordenação de vontades, só haverá pluralidade de culpados (com imputação separada e distinta) quando a atividade culposa subsequente ou imediata era previsível; caso contrário, somente esta respondera pelo evento lesivo¹⁶⁰.

¹⁵⁶ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.558.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 559.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 420.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 421.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 421.

4.5.3 Crimes omissivos

Além de reprimir comportamentos positivos, o código pune, em caráter excepcional, comportamentos negativos, os crimes omissivos, já que tanto quanto a ação, a inação pode ser também socialmente reprovável e lesiva a bem jurídico. Tais crimes pode ser omissivos próprios (ou puros) e omissivos impróprios (ou comissivos por omissão). Nos primeiros a lei reprime a omissão em si mesma (como omissão por socorro), nos segundos o agente se encontra na condição de garante, conferindo-lhe uma especial relação de cuidado, proteção ou vigilância. Assim pune-se o agente por não evitar um resultado evitável, razão pela qual a omissão impropria ou comissão por omissão equivale à realização ativa de um crime de resultado¹⁶¹.

Na omissão própria, há assim uma simples omissão, na imprópria, uma qualificada, pois só quem se encontre na posição de garante (ou garantidor) pode responder nesses termos, tratando-se de um crime especial, requer uma qualificação especial do autor¹⁶².

Tanto nos crimes omissivos próprios quanto nos impróprios, o legislador pune a abstenção do comportamento do agente, que deixa de praticar ação que lhe é determinada por lei. Portanto, a omissão não significa “não fazer nada”, mas “não fazer algo determinado”, já que todos os crimes omissivos têm em comum a omissão do dever jurídico, constituindo infrações de normas preceptivas¹⁶³.

No entanto, enquanto os omissivos próprios supõem a violação de um dever de agir, simplesmente, nos comissivos por omissão, o agente tem, além desse dever legal de agir, um dever legal de evitar o resultado, motivo pelo qual o omitente responde como se o tivesse produzido, em razão do legislador considerar, nos omissivos impróprios, mais grave a inação, dado o tipo especial de relação que se estabelece entre o agente e o bem jurídico tutelado. Dito mais claramente, nos crimes omissivos impróprios, o legislador equipara a omissão à ação, de sorte que por exemplo, responde por homicídio quem, embora não tendo matado a vítima, devia agir no sentido de evitar-lhe a morte (assim, policiais, bombeiros, salva-vidas), mas não o fez, podendo fazê-lo¹⁶⁴.

¹⁶¹ QUEIROS, Paulo. **Direito Penal –Parte Geral**. 7º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185.

¹⁶² *Ibidem*, p. 186.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 186.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 186.

Naturalmente que, com a ação requerida nos crimes omissivos próprios, pretende-se também evitar um resultado valorado negativamente pelo ordenamento jurídico, mas o legislador não obriga o omitente a impedir o resultado, diferentemente do que ocorre nos crimes impróprios, em que há obrigação de evita-lo.¹⁶⁵

Ou seja, os crimes omissivos próprios são como crimes de mera conduta, e os omissivos impróprios são crimes materiais. Por consequência, a imputação do resultado por causa de uma omissão supõe sempre que o agente se ache em condições concretas de realizar a ação que se lhe exige. O primeiro requisito, pois, da imputação nos crimes, inclusive requisito comum aos crimes omissivos próprios e impróprios, é a possibilidade efetiva de realização da ação e que essa seja realmente capaz de evitar o resultado, ante a possível inocuidade da atuação do sujeito¹⁶⁶.

A imputação do resultado nos crimes omissivos impróprios pressupõe que o omitente tenha o dever legal de agir, dever que, segundo os termos do código, incumbe às pessoal taxativamente indicado no § 2º do artigo 13 (quem tenha por lei obrigação de cuidado, quem de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado). Tratando-se de pessoa que não se inclua aí, o agente não responderá pelo resultado, podendo-se, no máximo, imputar-lhe crime omissivo próprio¹⁶⁷.

E com relação à omissão, nosso Código Penal deu um tratamento correto, pois, ao contrário do Código Rocco (artigo 40), não considerou a causa como preponderante, adotando a teoria do garantidor (garante). A omissão, nos delitos omissivos impróprios (com evento) tem relevância penal, não porque causou o resultado, mas porque a ação devida e não realizada não impediu o resultado¹⁶⁸.

Atribui-se, então, a responsabilidade pelo evento delituoso não porque a omissão o tenha causado, mas porque não o impediu, tendo o agente o dever de realizar uma ação para

¹⁶⁵ QUEIROS, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 7º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 187.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 188.

¹⁶⁸ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 126.

impedi-lo garantindo, como consequência, a sua não concreção. O agente, omitindo-se, nos delitos omissivos impróprios não causa resultado, mas descumpre o dever de realizar a ação devida, não dando cumprimento a sua função de garantidor do impedimento do evento criminoso¹⁶⁹.

E a legislação brasileira acertadamente enumera as situações que tornam a omissão punível, especificando quais as situações em que o agente tem o dever de garantir o impedimento do resultado delituoso¹⁷⁰.

Esse dever se configura, segundo a legislação em análise, quando o agente tem o dever de impedir o evento como decorrência de lei, de obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, quando, por outro modo assumiu responsabilidade de impedir o resultado, e, ainda, quando com seu comportamento anterior criou risco da ocorrência do resultado¹⁷¹.

Assim, nas hipóteses de delitos vinculados exclusivamente a infrações de deveres, nos quais o legislador negligenciou acerca da identificação do desvalor do resultado, contentando-se com a mera inatividade, não é a mera omissão ou inação que configura os delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essenciais à sua configuração. A isso se soma que o garantidor tem que ter real possibilidade de atuar¹⁷².

Agora o ponto é saber se pode falar em concurso de pessoas em crimes omissivos próprios e impróprios. Para Juarez Tavares, como os crimes omissivos são delitos de dever, usando a terminologia proposta por Roxin, há certa especialização de sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo e, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico. Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente¹⁷³.

¹⁶⁹ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 126.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 126.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 126.

¹⁷² TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 76.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 86.

Então, somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para que se vejam ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever de impedir o resultado. Consoante com isso, Tavares afirma que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há coautoria nem participação, diz que se trata de uma forma especial de autoria colateral, e dá como exemplo a situação em que 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança. Cada um desses será autor do fato omissivo, melhor, autor colateral de omissão¹⁷⁴.

Num outro sentido, Bitencourt entende ser possível a coautoria em crime omissivo próprio, desde que haja a consciência de anuir à omissão de outrem, pois esse vínculo subjetivo, caracterizador da unidade delitual, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva¹⁷⁵.

4.6 A PARTICIPAÇÃO STRICTO SENSU NOS CRIMES FUNCIONAIS

Já citado que no concurso de pessoas é adotado, em princípio a teoria monista. Todos, tanto o que realiza o fato típico, como os que de qualquer forma cooperam na prática do crime, respondem pelo crime realmente ocorrente, mas na medida da culpabilidade (*colpevolezza*) de cada um. O crime tipificado é o mesmo, mas a quantidade de pena varia conforme o grau de culpabilidade específico de cada um dos partícipes¹⁷⁶.

No entanto, quanto se trata de um participante que quis contribuir para um crime de menor gravidade, a nova legislação penal brasileira traz, por influência do finalismo, uma solução em conflito com a teoria monista. O agente responde nesse caso não pelo crime concretamente ocorrido, mas pelo crime do qual quis participar. É o dolo do partícipe que define a tipo criminal a cujas penas está sujeito¹⁷⁷.

¹⁷⁴ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 86.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Vol. 1**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 431

¹⁷⁶ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 125.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 125.

Hungria também entende ser imputável aos partícipes o concurso de agentes, ainda que estes não revestidos da qualidade ou condição necessária ao tipo¹⁷⁸.

Se a autoria é sempre atividade principal, a participação é necessariamente acessória, pois depende da realização da conduta típica e antijurídica pelo autor. Pressupõe a autoria, sendo, em si mesma, inimaginável. A participação se realiza através de conduta penalmente irrelevante, que acede ao fato principal, adquirindo significação jurídica somente quando, pelo menos o autor inicia a execução. A participação constitui contribuição ao crime realizado por outrem, apresentando-se, basicamente sob duas formas: a participação moral (determinação e instigação) e a participação material (cumplicidade)¹⁷⁹.

Diz-se moral a participação nos casos de induzimento (que é tratado Código Penal como determinação) e instigação. Material seria a participação por cumplicidade (prestação de auxílio materiais). Induzir ou determinar é criar, incutir, colocar, fazer britar a ideia criminosa na cabeça do agente/agente. Nessa modalidade de participação, o autor não tinha a ideia criminosa, cuja semente lhe é lançada pelo partícipe ou estimula-se uma ideia criminosa já existente na mente do autor. Assim, a função do partícipe é fazer com que o agente fortaleça a sua intenção delitiva. Na cumplicidade o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal¹⁸⁰.

O propósito do partícipe é contribuir para que se concretize um fato típico menos grave daquele que realmente ocorreu. Se não previu nem era previsível, o partícipe é apenado não pelo fato ocorrido, mas pelo tipo penal para o qual ele havia querido contribuir. Se previsto, mas não admitido, ou se previsível a pena correspondente ao tipo penal que o partícipe quis viesse a ocorrer, e não ou objetivamente ocorrente, mas com um aumento que pode chegar até a metade da pena base fixada. Porém, em ambas as hipóteses a tipificação da conduta do partícipe, e a sua pena, tem como base o dolo do partícipe, ou seja, o delito para o qual quis contribuir com relevância causal, e não o delito que foi realmente praticado¹⁸¹.

¹⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal. Vol. IX. Artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 223.

¹⁷⁹ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 635.

¹⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011.

¹⁸¹ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987, p. 118.

Prevê o artigo 29, § 1º, do Código Penal que, se a participação for de menor importância, a pena poderá ser diminuída de 1/6 a 1/3. Agora a definição de participação é que a conduta tem que ser acessória, de modo que o envolvimento do partícipe no delito tiver sido realmente pequeno.¹⁸²

4.6.1 Crimes Dolosos

Do ponto de vista objetivo, a participação constitui contribuição causal (embora não indispensável) ao delito. Não há participação inócua. Assim, por exemplo, não há instigação se o agente já está determinado a praticar o delito (*omnimodo facturus*). Excluindo-se a possibilidade de instigação, não há auxílio se o autor não emprega a arma que lhe foi dada pelo cúmplice¹⁸³.

Do ponto de vista subjetivo, a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem. Não se exige o prévio concerto, bastando que o partícipe tenha consciência de contribuir para o crime. A consciência da cooperação pode faltar no autor, como no exemplo do criado que deixa aberta a porta para facilitar o ladrão, que desconhece o auxílio. Como se percebe, o conteúdo subjetivo de comportamento do partícipe é deferente do que se exige para o autor e bastaria isto para justificar a distinção que a doutrina realiza.¹⁸⁴

Por outro turno, o legislador pune os concorrentes nos limites impostos pela finalidade de sua conduta, ou seja, se queria concorrer para o cometimento de determinada infração penal, se o seu dolo era voltado no sentido de cooperar e praticar determinado crime, não poderá responder pelo desvio subjetivo de conduta atribuído ao executor, pois o liame subjetivo da conduta levada a efeito pelo autor executor não fata com que o partícipe responda por delito por ele não pretendido inicialmente¹⁸⁵.

¹⁸² ESTEFAM, André e Goncalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 19.10

¹⁸³ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 636.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 636.

¹⁸⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 449.

4.6.2 Crimes culposos

Não há participação culposa em crime doloso. Também não há participação dolosa em crime culposo. Não há concurso de agentes sem homogeneidade de participação subjetiva (princípio de convergência): a vontade de todos os que concorrem deve ser dirigida no sentido de realização o mesmo tipo. É suficiente o concurso com dolo eventual¹⁸⁶.

Nos crimes culposos, é autor todo aquele que viola o dever objetivo de cuidada a que estava adstrito, provocando, isoladamente ou em concurso com outras pessoas, o resultado típico. Como se percebe, nos crimes culposos há apenas autoria ou autoria colateral, mas não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de conduta atípica¹⁸⁷.

Como se percebe, nos crimes culposos há apenas autoria ou autoria colateral, não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de conduta típica. Nos exemplos formulados pela doutrina a situação é sempre de autoria sucessiva, nunca de participação. Assim, se o passageiro instiga o motorista ao excesso de velocidade que conduz ao acidente, ambos são autores. Afirma-se também o concurso de agentes depende do dolo em relação ao resultado (princípio da convergência), e, por isso, muitos recusam a possibilidade de concurso em crime culposo¹⁸⁸.

4.6.3 Crimes omissivos

Relembrando a primeira divisão em espécies de participação, entre moral (induzimento, determinação e instigação) e material (cumplicidade/auxílios materiais), na modalidade participação moral, segundo posição majoritária, esta é impossível de ser realizada por omissão e a conclusão explica-se. É que na participação moral, não tem como abrir mão de uma ação, é necessário uma atuação positiva do partícipe¹⁸⁹.

¹⁸⁶ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.636.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 634.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 634.

¹⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 447

Já na participação material, pode haver participação por omissão, se o partícipe tinha o dever jurídico de impedir o resultado. Caso inexistir tal dever, haverá simples conivência, impunível. Não se exclui que em tal caso, possa a omissão constituir crime autônomo¹⁹⁰.

Agora este partícipe que contribui para o fato, em crimes funcionais, auxiliando materialmente a sua execução, não pode em qualquer hipótese ser considerado garantidor da não ocorrência desse mesmo fato, pois, caso contrário, se, tendo realizado o dever de agir para impedir o resultado, nada faz, responderá pela infração penal a título de autoria e não de participação¹⁹¹. Ou seja, não se exclui a cumplicidade por omissão, como no caso do vigia ou guarda noturno, sempre que haja o dever jurídico de impedir o resultado¹⁹².

Num exemplo, se numa firma comercial o empregado A vem subtraindo importância em dinheiro e B exerce outra função que não um dever especial, mas que pode facilitar o acesso ao numerário, pelo fato de B não gozar de status de garantidor, ou seja, não possuindo ele qualquer dever de agir para tentar impedir o resultado, responsabiliza-se a título de participação. Caso contrário, se B fosse responsável pela guarda e vigilância do dinheiro, passaria a possuir um dever especial de proteção, o que o transformaria em garantidor, segundo a regra contida na alínea b do §2º, do artigo 13 do Código Penal¹⁹³.

Como visto, Juarez Tavares rechaça a coautoria em crimes omissivos, porém Bitencourt coloca que a participação pode ocorrer nos crimes omissivos impróprios, mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de se omitir, pois a sua atividade acessória, secundária, contribui moralmente para a resolução criminosa do garante. Assim, ainda que o instigador não estava obrigado ao comando legal e não dispunha do domínio da ação final, contribuiu decisivamente para a sua concretização. Então, para Bitencourt, o partícipe não pode ficar impune nem tampouco cometeu crime ilícito autônomo¹⁹⁴.

¹⁹⁰ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 636.

¹⁹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 446.

¹⁹² HUNGRIA, loco citato.

¹⁹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011, p. 447.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Vol. 1.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 431.

5 CONCLUSÃO

Os delitos especiais podem ser 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.

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 submissível a conduta daquele que, não ostentando as qualidades exigidas pela figura especial (*extraneus*), pratique a conduta ali disciplinada, sendo que a expressão delitos especiais vem sendo crescentemente substituída pela nomenclatura delitos de infração de dever, conforme classificação proposta por Roxin.

Assim, a partir da complexidade da valoração da conduta do *intraneus* e *extraneus* em cada hipótese do concurso de pessoa, surge a questão de que o *extraneus* jamais poderia ser autor ou coautor do delito especial, tanto por uma limitação legal quando pela consideração do fundamento material essa classe delitiva.

Mas, no enfrentamento da questão, após reconhecimento sucinto das principais teorias da autoria e participação delitivas, se encontrou vestígios de um sistema unitário em nosso Código Penal de 1940, quando não distingue conforme um critério de relevância as diversas contribuições ao delito.

Desta forma, nossa doutrina e jurisprudência pátrias esbarram na disciplina do artigo 30 do Código Penal, quando a comunicabilidade age como unidade a título de imputação, ainda que exposta a vantagem da teoria do domínio do fato de conciliar considerações de ordem subjetiva (tais como a vontade e os conhecimentos do interveniente) como os critérios objetivos, que permitem diferenciar entre intervenção principal e intervenção acessória.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria Domínio do Fato**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 62.
- _____. **Teoria do Domínio do Fato: Incongruências da Doutrina e Jurisprudência Brasileira**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS. Vol. 01, nº 1, 2013. Porto Alegre.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. Tradução do Espanhol da 2ª ed. do Derecho Penal - Parte General. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Vol. 1**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DELMATO, Celso e outros. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ESTEFAM, André e Goncalves, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 13ª ed. Niterói: Impetus: 2011.
- HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 11 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. **Comentários ao Código penal. Vol. I, Tomo II. Artigos 25 a 27**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal. Vol. IX. Artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e Participação Criminal**. São Paulo: DAVIP Editores, 1973.
- LUIZI, Luiz. **O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1987.
- LYRA, Roberto. **Comentários ao Código penal. Vol. II. Artigos 28 a 74**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MENDES, Gilmar., HC STF nº 83554-6. D.J., 2005, p. 168.
- ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de Agentes nos Delitos Especiais**. 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes Funcionais de Prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do domínio da organização. In: AMBOS, Kai e NOHM, Maria Laura. **Coletânea desenvolvimento atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal.** Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básico de Direito Penal.** Editora Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal - Parte Geral.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.