

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

MARIA AUGUSTA OLIVEIRA DE SOUZA

**AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS: UMA LEITURA A PARTIR DOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CURITIBA

2018

MARIA AUGUSTA OLIVEIRA DE SOUZA

**AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS: UMA LEITURA A PARTIR DOS CRIMES
COMETIDOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S729a Souza, Maria Augusta Oliveira de
2018 Autoria nos delitos especiais: uma leitura a partir dos crimes contra a administração pública / Maria Augusta Oliveira de Souza; orientador: Rodrigo Sánchez Rios . – 2018.
134 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018

Bibliografia: f. 128-134

1. Direito penal. 2. Delito. 3. Crime contra a administração pública.
3. Servidores públicos. 4. Responsabilidade administrativa. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 341.5

MARIA AUGUSTA OLIVEIRA DE SOUZA

**AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS: UMA LEITURA A PARTIR DOS CRIMES
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Orientador Rodrigo Sánchez Rios

Orientador – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Membro da Banca Examinadora Professor Dr. Fábio André Guaragni
Departamento de Direito, Unicuritiba

Membro da Banca Examinadora Professora Dra. Priscilla Placha Sá
Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade
Federal do Paraná

Membro Suplente da Banca Examinadora Professor Dr. Luiz Alberto Blanchet
Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 27 de março de 2018

*O grande problema do nosso sistema
democrático é que permite fazer coisas
nada democráticas democraticamente*

José Saramago

Ao meu pai, meu professor diário, e à
minha mãe, meu exemplo de mulher,
pessoas que inspiram todos os meus
passos.

AGRADECIMENTOS

Como uma prática de quase todo acadêmico, a parte destinada aos agradecimentos é sempre a última a ser feita. Por um lado, tal hábito tem a vantagem de finalizar uma etapa importante da empreitada acadêmica valorizando as pessoas que vivenciaram, com o autor do trabalho, esse caminho da pesquisa, seja nos momentos das descobertas e das angústias, seja servindo como uma força motriz, de modo a inspirar a continuidade dessa trajetória.

Por outro lado, deixar os agradecimentos por último tem a desvantagem de poder correr o risco de não experimentar, com profundidade, essa parte final, já que, neste ponto, a mente já não funciona como no início e as mãos já sofrem as consequências de terem sido tão utilizadas.

Ainda assim, tentarei aproveitar o espaço como uma modesta forma de prestar reconhecimento àqueles que estiveram juntos comigo. De antemão, ressalto que não seguirei qualquer padrão por ordem de proximidade ou importância, sob pena de ser injusta com alguém.

Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, professor Dr. Rodrigo S. Rios, cuja insólita sabedoria sempre me chamou atenção, desde os tempos da graduação. Não é exagero dizer que as aulas do professor Rios guiaram minha vida acadêmica e profissional, tanto pela opção de ter seguido os rumos pela área penal, como de tereleitoa docência.

Sigo agradecendo aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, que me fizeram amadurecer nos estudos e na vida pessoal. Meu muito obrigada vai, especialmente, ao coordenador professor Dr. André P. Folloni, à querida Glair e à amiga Eva, cuja amizade e carinho vão muito além das paredes do PPGD.

Aproveito, ainda, para agradecer aos membros da banca: Dr. Fábio André Guaragni, professor com sólidos conhecimentos acerca da dogmática penal, cujos apontamentos iluminarão o trabalho; Dra. Priscilla Plachá Sá, a quem nutro grande admiração pelos trabalhos acadêmicos desenvolvidos, cuja qualidade é reconhecida mesmo por quem não foi seu aluno ou sua aluna e ao Dr. Luiz Alberto Blanchet, professor que tive a honra de conhecer na graduação e reencontrar no mestrado. Sem

dúvidas o professor Blanchet é um exemplo raro de humildade e a quem agradeço pela sempre atenção.

Ultrapassando a área acadêmica, agradeço ao amigo Victor Cezar R. da S. Costa, pessoa pela qual mantenho carinho há quase 20 anos, desde a época do colégio e a quem, hoje, tenho enorme admiração e gratidão pelos auxílios na pesquisa.

Meu reconhecimento também vai para a todos os meus alunos, pela paciência semanal, e aos colegas da Facear, principalmente a amiga querida Camila, pela confiança depositada, cuja amizade significa muito para mim.

Agradeço, também, a todos os meus colegas e amigos do mestrado, em especial Luiza e Janaína (parceria que vai além dos livros), Carmem (minha eterna dupla), Rullyan, Felipe, Flávia e Mariana por terem deixado o tempo de mestrado uma experiência mais feliz, mais suave e prazerosa de se viver.

Viviane e Sylvia, vocês são a prova concreta que algo superior (destino, Deus, energia...) colocou no meu caminho para que eu não perdesse a direção. Muito obrigada pela amizade que, sem dúvida, teve apenas o seu início no mestrado.

Em razão do espaço, economizarei palavras para agradecer às minhas amigas de alma, as sempre presentes Juliana, Luisa, Samara e Camila, cujo suporte emocional foi essencial para que eu conseguisse terminar essa pesquisa.

Meus agradecimentos também se dirigem a todos os advogados e funcionárias do escritório Silvério e Vianna, nas pessoas do Dr. Alessandro Silvério, Dr. Bruno Augusto G. Vianna, Dr. Sylvio L. da Silveira Filho, Dra. Eduarda Miri Ortiz, Marilene Ferreira e Jacqueline Silva. Sou muito grata por terem me aceitado a integrar a equipe. Sem dúvidas, além de profissionais exemplares, são pessoas admiráveis.

Da mesma forma, agradeço a minha família, principalmente ao núcleo que sofreu e vivenciou comigo cada etapa desse trabalho: Fernando, meu primo-irmão mais velho, sua esposa Vanessa, minha cunhada de coração, João Pedro, meu afilhado amado; Leandro, meu primo-irmão do meio; Tia Dazilda e Silvana. Agradeço, também, meus sogros amados Mary Anne e Licurgo, meus cunhados Renata e Rafael e minha pequena afilhada Helena, obrigada por terem tido a paciência e a compreensão da minha ausência. A todos vocês, família de sangue ou de coração, muito obrigada por terem confiado em mim quando nem eu mais acreditava que seria capaz de concluir esse trabalho.

Finalmente, agradeço aos quatros pilares da minha vida: meus pais, meu padrinho e meu noivo. Vocês são a representação de toda força que me guia a ser melhor a cada dia. Agradeço ao meu padrinho por sempre vibrar nas minhas conquistas e por sofrer nas minhas quedas; ao meu noivo por ter sido, no decorrer desse trabalho, a prova viva de paciência, companheirismo e, por ser, desde sempre, a melhor parte de mim, e aos meus pais, por darem tudo de si mesmos para me deixar feliz e realizada, mas acreditem, a minha maior realização é ser filha de vocês, obrigada por sempre me motivarem.

RESUMO

Em termos doutrinários, tem-se visto a supremacia dos fundamentos relacionados a teoria do domínio do fato e a teoria da infração de dever para fins de identificação da autoria penal e da distinção desta com a modalidade de participação. Tem-se utilizado, basicamente, os critérios do domínio como base teórica dos delitos comuns, considerados como delitos de domínio, e os critérios da infração de dever como fundamento para os delitos especiais (englobando os delitos omissivos impróprios), também denominados de delitos de dever, para os adeptos da referida teoria. Dentre esses delitos especiais, particular importância é dada aos delitos cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública, principalmente em decorrência do atual cenário brasileiro envolvendo casos de crimes funcionais de grande repercussão, o que merece uma dedicada atenção dos aplicadores do Direito. Os estudos sobre a temática da autoria não ficaram estagnados, principalmente no que tange a autoria nos delitos especiais. Baseada em preceitos diferentes da teoria da infração de dever, destaca-se a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, cujo objetivo é embasar toda autoria penal, seja para delitos comuns, seja para delitos especiais, criando um fundamento uniforme para toda espécie de delito. Diante de tais arcabouços teóricos, qual critério efetivamente deve ser utilizado para identificar a autoria do funcionário público que comete um crime contra a Administração Pública, basta a infração de um dever ou é preciso que se averigüe o domínio do sujeito? O cerne dessa pesquisa é, então, analisar a teoria da infração de dever e a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado – as quais versam sobre a autoria nos delitos especiais –, mediante a aplicação em casos concretos, a partir da criação de uma situação hipotética envolvendo a complexidade dos crimes funcionais cometidos contra a Administração Pública, de forma a resultar no reconhecimento dos critérios teóricos mais hábeis a identificar a autoria penal do sujeito qualificado (funcionário público). Para que tal objetivo seja perquirido, faz-se uso de uma revisão bibliográfica acerca das bases teóricas que guiaram o desenvolvimento das teorias mais modernas sobre a autoria nos delitos especiais, bem como sobre os fundamentos que regem os deveres especiais de um funcionário público dentro de uma entidade burocrática, como a Administração Pública.

Palavras chave: autoria; delitos especiais; funcionário público; Administração Pública; teoria da infração de dever; teoria do domínio sobre o fundamento do resultado; desenvolvimento.

ABSTRACT

In doctrinal terms, it has been seen the supremacy of the foundations related to the theory of the domain of the fact and the theory of the infraction of duty for the purposes of identification of the criminal authorship and the distinction of this with the modality of participation. Has been used, basically, the domain's criteria as a theoretical basis for common offenses, considered as domain offenses, and the criteria of the infraction of duty as a basis for special offenses (including improper omission), also known as offenses of duty, for the adherents of this theory. Among these special crimes, particular importance is given to crimes committed by public officials against the Public Administration, mainly due to the current Brazilian scenario involving cases of high-impact functional crimes, which deserves a dedicated attention of law enforcers. Studies on the subject of authorship have not been stagnant, especially with regard to authorship in special crimes. Based on different precepts of the theory of the infraction of duty, the theory of the domain on the basis of the result stands out, whose objective is to base all criminal authorship, either for common crimes or for special crimes, creating a uniform foundation for all sorts of offense. In view of such theoretical frameworks, which criterion should be effectively used to identify the authorship of the public official who commits a crime against the Public Administration, is it sufficient to breach a duty or does it need to ascertain the domain of the subject? At the heart of this research is to analyze the theory of the infringement of duty and the theory of the domain on the basis of the result, which deals with authorship in special crimes, through the application in concrete cases, from the creation of a hypothetical situation involving the complexity of the functional crimes committed against the Public Administration, in order to result in the recognition of the most skilful theoretical criteria to identify the criminal authorship of the qualified subject (public official). For this purpose to be questioned, a bibliographical revision is made on the theoretical bases that guided the development of the most modern theories on authorship in special crimes, as well as on the foundations that govern the special duties of a public official within a bureaucratic entity, such as the Public Administration.

Key words: authorship; special crimes; public agent; Public administration; theory of the infraction of duty; domain theory on the foundations of the result; development.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
2	PREMISSAS INICIAIS	21
2.1	UMA PRÉVIA NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO PENAL DE SEUS INTERESSES	24
2.2	IDENTIFICAÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO: UM DIÁLOGO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO?	28
2.3	SOBRE O TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CERTOS DELITOS: DIFERENCIAÇÃO DE DELITOS COMUNS E DELITOS ESPECIAIS	31
2.4	SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS ESPECIAIS EM PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS E SUAS IMPLICAÇÕES.....	35
2.5	PROBLEMÁTICA DA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA NOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	43
3	TEORIAS SOBRE AUTORIA.....	45
3.1	PANORAMA GERAL DA AUTORIA: UMA OPÇÃO POR UM “PONTO DE PARTIDA METODOLÓGICO”	45
3.2	TEORIA UNITÁRIA.....	46
3.2.1	Opção do legislador brasileiro	49
3.2.2	Autoria nos delitos especiais pela teoria unitária	51
3.2.3	Críticas ao sistema unitário	52
3.3	TEORIA SUBJETIVA.....	53
3.3.1	Teoria do dolo.....	54
3.3.2	Teoria do interesse.....	55
3.3.3	Autoria nos delitos especiais pela teoria subjetiva	56
3.3.4	Críticas a teoria subjetiva	57
3.4	TEORIA OBJETIVA-FORMAL.....	58
3.4.1	Autoria nos delitos especiais pela teoria objetiva-formal	60
3.4.2	Críticas a teoria objetiva-formal	61
3.5	TEORIA OBJETIVA-MATERIAL.....	62
3.5.1	Autoria nos delitos especiais pela teoria objetiva-material	63
3.5.2	Críticas a teoria objetiva-material	64
3.6	DOMÍNIO DO FATO	65

3.6.1	Domínio do fato em Welzel.....	66
3.6.2	Domíniodofatoem Maurach	67
3.6.3	Domínio do fato em Roxin	68
4	O DOMÍNIO DO FATO E SUAS MODALIDADES	71
4.1	DOMÍNIO DA AÇÃO.....	71
4.2	DOMÍNIO DA VONTADE.....	72
4.2.1	Domínio da vontade em virtude de coação	73
4.2.2	Domínio da vontade em virtude de erro.....	74
4.2.3	Domínio da vontade pela utilização de inimputáveis e menores	74
4.2.4	Domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder.....	74
4.3	DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO	76
4.4	A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE AS TEORIAS DA AUTORIA: NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DAS TEORIAS ROXINIANAS.....	79
4.4.1	Delitos comuns:	81
4.4.2	Delitos especiais:.....	86
4.5	AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS: NÃO UNIVERSALIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	89
4.5.1	Caso hipotético.....	91
5	AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS	93
5.1	INFRAÇÃO DE DEVER	93
5.1.1	Em Roxin	93
5.1.2	Em Jakobs.....	98
5.2	DOMÍNIO SOBRE FUNDAMENTO DO RESULTADO	101
5.2.1	Sobre a questão doutrinal do “Instrumento doloso não qualificado: hipótese de incidência da cláusula “atuar no lugar de outro”	106
5.3	UMA PROXIMIDADE DO CASO HIPOTÉTICO COM CASOS DA REALIDADE: EM BUSCA DE MELHORES SOLUÇÕES.....	111
6	APLICABILIDADE DAS TEORIAS AO CASO HIPOTÉTICO	115
6.1	COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO SOBRE O FUNDAMENTO DO RESULTADO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	120
7	CONCLUSÃO.....	123
	REFERÊNCIAS.....	128

1 INTRODUÇÃO

A doutrina, em especial a estrangeira, já muito versou sobre a temática da autoria nos delitos especiais, utilizando, corriqueiramente, casos de crimes cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções. Há um sem número de propostas teóricas sobre o assunto, principalmente acerca da atuação do *extraneus*¹ em tais crimes – que, como se verá adiante, foge ao cerne deste trabalho. Diante de tantas teorias, é nítida a postura que a ciência jurídico-penal vem assumindo ao evidenciar uma linha tênue: de um lado o perfeccionismo, de outro a ruptura com o pensamento sistêmico. É o que Schunemann denomina de “refinamento da dogmática-jurídica”, decorrente desse aumento de estudos e teorias, o que certamente é positivo por um lado, já que assim se tem mais conteúdo sobre determinado assunto, possibilitando um perfeccionismo teórico dogmático, mas, por outro lado, recai-se em uma visão reducionista, mecanicista da realidade, rompendo com o pensamento sistêmico.

Schunemann destaca que na Alemanha uma das consequências desse refinamento da dogmática-jurídica é o aproveitamento da ciência jurídica nas decisões judiciais, muito em razão dos comentários críticos feitos por estudiosos². No Brasil, ainda que em passos mais lentos, esse movimento também existe. Pode-se trazer à baila o possível avanço com que os tribunais vêm aplicando a famigerada teoria do domínio do fato, muitos já sem cometer os equívocos técnicos ocorridos no julgamento da repercutida Ação Penal nº 470 (“Mensalão”), cuja explanação se fará no decorrer dos capítulos³.

Muita da motivação deste trabalho é centrada sobre essa consequência do refinamento. Não que se objetive, aqui, trazer racionalidade às decisões judiciais, até

¹A doutrina tem dado especial atenção a atuação do *extraneus* na modalidade do “instrumento doloso não qualificado”. Entretanto, o foco desse trabalho não será analisar a conduta do *extraneus*, mas sim do *intraneus*.

² Ver mais sobre o assunto em: SCHUNEMANN, Bernd. **El refinamento de la dogmática jurídico-penal. In: Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. P. 15

³ Vale agora destacar importante reportagem da Folha entrevistando Alaor Leite, quem afirmou que, pelo menos no discurso oral, muitos dos equívocos cometidos no mensalão não ocorreram em um dos julgamentos da lava jato, em segundo grau. Ressaltou, todavia, que era preciso que se aguardasse a publicação do acórdão. Ver mais em CARVALHO, Mario Cesar. Teoria do Domínio do Fato não serve para corrupção, diz pesquisador. Folha de São Paulo, 26 de janeiro de 2018. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1953459-teoria-do-dominio-do-fato-nao-vale-para-corrupcao-diz-pesquisador.shtml> Acesso em 31 de janeiro de 2018.

porque não faz parte do presente dissertar exaustivamente sobre a tomada de decisão dos magistrados e a postura dos tribunais. Isso, por certo, não é o condão da presente empreitada acadêmica. A motivação veio, sim, a partir da existência de duas situações: uma pelo fato de que, a contar do julgamento da já mencionada AP 470, viu-se reflorescer uma preocupação dos dogmáticos penais sobre a utilização desenfreada de teorias estrangeiras, no caso, sobre autoria, sem o necessário aprofundamento teórico-científico, causando, assim, consequências que vão além de um mero erro técnico e resultando em violações a princípios basilares do ordenamento jurídico, como o da culpabilidade e o da presunção de inocência, que, indubitavelmente incide sobre a liberdade (em sentido amplo) e a dignidade do ser humano – afinal, acima de tudo, tem-se, como receptor do produto dessas decisões judiciais, pessoas de carne e osso.

A outra situação motivadora veio por uma curiosidade sobre como, diante do grande arcabouço teórico sobre a temática da autoria, a ciência da dogmática penal brasileira poderia se colocar, de modo a resolver situações complexas e que cada vez mais tem inquietado a população em geral, como nos casos de operações atuais de grande repercussão⁴. Como exemplo dessa complexidade e corolário dessa inquietação, tem-se os crimes contra a Administração Pública, cujos reflexos econômicos e políticos no país são sempre evidenciados em noticiários locais e mundiais.

Por certo que dentre os crimes contra a Administração Pública os que mais são objeto de debate são os cometidos por funcionários públicos, no exercício de suas funções, seja por uma razão de ordem moral e ética, seja de ordem jurídica. É fato que os funcionários públicos deveriam ser sujeitos que laboram em prol do bom funcionamento da Administração Pública, entidade que os emprega. Quando, portanto, há um desvio desse fundamento, indubitavelmente, violam-se padrões de conduta relacionados com o próprio exercício de uma função pública.

Nesse viés, o Código Penal assumiu uma postura de diferenciar os delitos cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções dos delitos comuns, que podem ser cometidos por qualquer sujeito. Nessa seara, considerou o legislador que aqueles delitos devem receber um tratamento especial, dedicando, assim, uma

⁴ Remete-se, aqui, a atual “Operação Lava-jato”, que vem despertando a ânsia da população pela punição dos “criminosos” e, assim, por uma sociedade “livre da corrupção”.

parte do aludido *codex* para descrever as condutas que somente podem ser realizadas por quem detenha a qualidade de funcionário público. Ora, se há uma parte (capítulo) específica no Código Penal apenas para trabalhar com tais delitos, parece que qualquer problemática sobre o assunto já deve ter sido resolvida pelo resultado do trabalho do legislador, que dedicou um espaço na lei exclusivamente para versar sobre referidos crimes.

Entretanto, argumenta-se que o trabalho do estudioso do Direito (quiçá de seu aplicador também) não deve cingir-se a literalidade da lei, mas sim fazê-la entender de acordo com a realidade. Para auxiliar na compreensão e devida aplicação dos vocábulos estabelecidos pela lei nesses delitos especiais, a doutrina serve como ferramenta. É evidente que as conclusões de um estudioso nem sempre são as mesmas de outro, criando-se, assim, oportunidades de escolhas teóricas. No caso dos crimes especiais cometidos por funcionários públicos, cerne deste estudo, recorta-se dois caminhos teóricos como ferramentas para a devida compreensão e aplicação desses tipos penais: um com foco na violação dos deveres do funcionário público, outro baseado no desenvolvimento do critério do domínio.

É preciso, portanto, que se identifique as teorias que são hábeis para fazer esse papel. A extrema necessidade de discussão e desenvolvimento de critérios necessários a identificar a autoria do sujeito qualificado nos crimes especiais é latente, tendo em vista que em referidos delitos a aferição da autoria pode se basear em uma mera verificação da violação a um dever funcional ou a uma identificação mais concreta e particularizada, baseada em um controle do *intraeus* no resultado fático.

Por isso, esse trabalho será estruturado da seguinte forma:

No primeiro capítulo, haverá um delineamento do que será objeto de estudo, bem como a introdução da problemática que guiará o trabalho, qual seja: a necessidade de se averiguar critérios para serem utilizados na identificação do autor qualificado que comete crimes contra a Administração Pública. Embora se tangencie em alguns momentos sobre a atuação de um estranho interventor, um *extraneus*, este não será o foco, visto que se acredita que para que essa análise seja possível é preciso, anteriormente, que se trace, dedicando um espaço inteiramente para isso, as ferramentas teóricas sobre a atuação do próprio destinatário da norma especial, ou seja, do *intraeus*, que aqui é o funcionário público.

Ainda no primeiro capítulo, um breve estudo sobre os conceitos e fundamentos da Administração Pública será feito, assim como se esboçará o

pensamento de Max Weber sobre burocracia, a fim de se ter uma base teórica sobre o funcionamento da Administração Pública. A partir de tais ferramentas teóricas, desenvolver-se-á uma análise sobre a figura do funcionário público, como um integrante de uma entidade burocrática, possuindo deveres inerentes a sua função. O exame desses deveres será importante conectivo para que se compreenda uma possível justificação para que os crimes cometidos por funcionários públicos tenham sido tratados de maneira especial pelo legislador penal. O conceito de delitos especiais, bem como decorrentes classificações, também será objeto de estudo nesse capítulo, por ser essencial que, desde o início, já se tenha explicações suficientes para que se compreenda o restante do trabalho.

O segundo capítulo será dedicado a exposição das teorias que versaram sobre a temática da autoria no decorrer dos tempos pela dogmática penal. Deu-se destaque as teorias: unitária, subjetiva, objetiva formal, objetiva material, fazendo, em seguida de cada explanação, uma análise da teoria aplicada aos delitos especiais. Também nesse capítulo estruturou-se, historicamente, a teoria do domínio do fato.

No capítulo três o destaque será feito a teoria do domínio do fato e todas as suas feições de acordo com a modalidade de intervenção delitiva. Referido detalhamento é importante para compreender como se desenvolve a teoria em que situações ela pode ser aplicada, de modo que se evite aplicações equivocadas desta. Ao fim do capítulo, após feitas as explicações das teorias mais desenvolvidas na história, introduzir-se-á alguns julgados tratando sobre a temática da autoria, de modo a se desenvolver um possível diálogo entre uma base teórica dogmática com a realidade, a partir da visão dos julgadores. Por considerar a necessidade de um caso que englobe a complexidade da atuação dos sujeitos qualificados, criou-se um quadro de uma situação hipotética, a ser analisada posteriormente após a exposição das teorias que versam sobre os delitos especiais.

O capítulo quarto será destinado ao estudo específico das teorias que trabalham sobre a temática da autoria nos delitos especiais. Optou-se por desenvolver duas teorias: da infração de dever e do domínio sobre o fundamento do resultado. A razão de tal opção está relacionada com o próprio marco teórico que guiou basicamente todo o presente: o produto dos estudos de Claus Roxin. A primeira teoria – infração de deveres – foi por ele desenvolvida, não sendo necessário, portanto, justificar sua eleição. A segunda teoria – domínio sobre o fundamento do resultado – não foi por ele desenvolvida, a qual, inclusive, diferencia-se substancialmente da teoria

de infração de deveres. Porém foi colacionada por um de seus admiradores, Bernd Schunemann, que se baseou nos critérios do domínio.

O último capítulo servirá como arremate das discussões teóricas sobre a autoria nos delitos especiais contra a Administração Pública. Para isso, utilizar-se-á do caso hipotético criado nos capítulos anteriores, aplicando, na situação, as teorias desenvolvidas no capítulo anterior, como forma de se traçar uma possível resposta a identificação da autoria do sujeito qualificado. A partir dessas possíveis soluções, evidenciar-se-á a base teórica que traz melhores resultados para essa identificação, sempre em consonância com uma política criminal efetiva e os postulados basilares de um Estado Democrático de Direito.

2 PREMISSAS INICIAIS

Não é difícil notar que, atualmente, os crimes contra a Administração Pública têm rendido muitos holofotes. A sociedade brasileira parece que tem se preocupado com a ocorrência de tais crimes, bem como com a entendida “justa” repressão às figuras – muitas já reconhecidas – que os cometem. Os meios de comunicação assumem um papel de destaque nesse cenário, visto que são as ferramentas que tornam mais visível, para grande parte da população, a ocorrência de tais crimes. Isso porque, diferentemente dos crimes visíveis – como os patrimoniais, por exemplo –, que as pessoas vêem e sentem diariamente, os crimes contra a Administração Pública não são vistos a “olho nu” por grande parte dos cidadãos.

O “rosto” preferido da primeira página dos jornais e revistas parece ser a corrupção⁵, fenômeno esse que pode ser identificado como uma consequência do desvirtuamento entre o que é de domínio público e de domínio privado, bem como dos seus interesses envolvidos.

Essa estreita proximidade – que, inclusive pode levar a crer a uma falta de identidade – entre o público e o privado foi marcante no patrimonialismo, presente “nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas, onde havia uma impermeabilidade⁶entre os patrimônios públicos e os privados”⁷. Contudo, ainda que tenha sido marcante nas sociedades pré-capitalistas, essa característica do patrimonialismo ainda vigora no neoliberalismo, não tendo sido superada nem pela

⁵ Destaca-se interessante – quicá imprescindível – obra, publicada recentemente e organizada por Alaor Leite e Adriano Teixeira, sobre o fenômeno da corrupção, bem como seu diálogo com a política: Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Org. Alaor Leite, Adriano Teixeira. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

⁶Nesse contexto, “impermeabilidade” é entendida como uma confusão entre o patrimônio público e o privado. Para melhor compreensão, cita-se passagem de Violin, quem remete à obra de Bresser (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**, v. 7, p. 21-38, 1998. P. 26): “Bresser Pereira conceitua patrimonialismo como característica nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas, onde havia uma impermeabilidade entre os patrimônios públicos e os privados. Para o autor, patrimonialismo ‘significa a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados’” VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 225.

⁷VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 225.

prática do gerencialismo (cujo discurso, em síntese, é pautado pela eficiência e o cidadão tratado como 'cliente' do Estado⁸)⁹.

A corrupção é apenas umas das faces dessa ainda presente confluência entre o domínio público e o privado, mas diversos outros crimes são também resultado disso, em especial os cometidos contra a Administração Pública¹⁰. Tal cenário não é exclusivo do Brasil. Há, inclusive, entidades mundiais não governamentais realizando trabalhos com a finalidade de apresentar o fenômeno corrupção e desenvolver movimentos contra sua prática, como a Transparency International¹¹.

Uma interessante pesquisa foi desenvolvida pela referida entidade, a fim de estabelecer um ranking sobre a percepção da corrupção entre os países. Segundo o levantamento¹², o Brasil assume a 79ª posição entre 176 países, perdendo para diversos países da América, como Estados Unidos, Chile, Uruguai, Cuba, Costa Rica, entre outros¹³. Isso, evidentemente, não aponta, em dados reais, a quantidade de crimes de corrupção que ocorrem em cada país, mas representa, significativamente, o sentimento vivido pelas pessoas sobre o fenômeno da corrupção.

⁸VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 236.

⁹VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 241.

¹⁰ Ainda como resultante dessa confluência entre o público e o privado, interessante é a passagem de Violin, baseada em Carlos Montaña (MONTAÑO, Carlos. Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.): "Carlos Montaña alerta que a crise fiscal do Estado, sua ineficiência e corrupção, em grande medida, se devem ao uso político e econômico que as autoridades, representantes de classe, têm historicamente feito em favor do capital (e até em proveito próprio), pagamento da dívida pública (interna e externa), renúncia fiscal, superfaturamento de obras, resgate de empresas falidas, vendas subvencionadas de empresas estatais subavaliadas, clientelismo político, compras superavaliadas e sem licitação, empréstimos ao capital produtivo com retorno corroído pela inflação, taxas elevadíssimas de juros ao capital financeiro especulativo, construção de infra-estrutura pública necessária para o capital produtivo e comercial, clientelismo eleitoral, os créditos a (quase) fundo perdido para o capital, as compras de votos para projetos governamentais, etc. E não vemos no neoliberalismo ou no gerencialismo uma solução para estes problemas". VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 243

¹¹TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **About**. Disponível em: <https://www.transparency.org/about>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

¹² O ranking se baseia na percepção que as pessoas fazem sobre a corrupção de um modo geral. Quanto mais próximo do primeiro lugar, menor é a percepção da população sobre a corrupção.

¹³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **Corruption Perceptions Index 2016**. 25 January 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

No Brasil, em 2003, a Secretaria Nacional de Justiça desenvolveu um programa denominado de “Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro”, a fim de articular órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como Ministério Público, para moverem esforços no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e à demais crimes contra a Administração Pública. Uma das metas (meta 4) consistia na identificação e julgamento, por todos os órgãos do Poder Judiciário do país, “até 31/12/2014 as ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública” (sic)¹⁴.

Referida meta tem um escopo importante. Apenas a título ilustrativo, em 2010 – ou seja, antes da meta – havia, em trâmite, em primeiro grau, perante a justiça federal dos estados brasileiros, 814 (oitocentos e quatorze) ações penais de corrupção, sendo 180 (cento e oitenta) com trânsito em julgado¹⁵. É de se notar que a meta 4 surgiu diante da necessidade de julgamento definitivo dessas ações penais. Depois de instituída a meta, o programa de Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro não repetiu a pesquisa.

Importa asseverar que muitos desses crimes não são tão fáceis de serem julgados. Destaca-se que parte desses delitos somente podem ser cometidos por um núcleo restrito de sujeitos. Assim como a corrupção passiva, outros crimes contra a Administração Pública só podem ser cometidos por quem detém a qualidade de funcionário público, e, por conta disso, alguns problemas relacionados à responsabilização do sujeito podem ocorrer. Identificar o autor desses delitos contra a Administração Pública deve ser objeto de estudo dos aplicadores e estudiosos do Direito Penal, visto que exige regras especiais previstas pela lei, merecendo uma interpretação atenta às teorias doutrinárias e às necessidades de uma sociedade ditada pelos ideais preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

¹⁴BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Combate à Corrupção (Enccla)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/enccla>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2017

¹⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas de processos e procedimentos que tenham por objeto crimes de corrupção**. Disponível em: <https://goo.gl/vRP4ki>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

2.1 UMA PRÉVIA NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO PENAL DE SEUS INTERESSES

Quase tudo na vida precisa ser organizado, administrado. Com a escolha de se constituir e viver em um Estado de Direito, surge a necessidade de que este seja administrado, por meio da Administração Pública. Por certo que essa atividade deve ser feita por entes personificados, visando o bem-estar geral da população. São, pois, os funcionários públicos, pessoas físicas que laboram em prol da Administração Pública, organizando e efetivando os ideais eleitos pelo Estado de Direito.

Com a queda do Estado Absolutista, reconheceu-se um movimento crescente de racionalização, responsável por desencadear um modelo de Estado, de cunho iluminista e humanista, cuja estrutura não mais se pautava sob as mãos de um soberano, mas sim por uma estrutura administrativizada. Nesse ínterim, “surge, assim, a Administração Pública personalizada, com o avanço da teoria do ‘fisco’, e com toda a sua atividade submetida à lei”¹⁶.

Para desempenhar parte das funções do Estado, a Administração Pública aparece como uma face deste. Singelamente¹⁷, pode-se afirmar que a Administração Pública corresponde “(...) à face do Estado (o Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa”¹⁸.

A Administração Pública, então, deve assegurar os fundamentos eleitos pela criação do Estado, de acordo com as normas estipuladas e deve levar em conta a sua subordinação ao poder político, assim como os seus fins a serem atingidos, sendo, pois, um “o conjunto de meios institucionais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas”¹⁹.

¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber. **Revista Crítica Jurídica**, nº 24, p. 21-50, jan/dez 2005. P. 27.

¹⁷ Sinteticamente, frise-se abordar DI PIETRO os seguintes sentidos da expressão Administração Pública: Administração pública em sentido formal, subjetivo ou orgânico (“entes que exercem a atividade administrativa”), Administração pública em sentido material, objetivo ou funcional (“natureza da atividade exercida pelos referidos entes”) e Administração pública em sentido amplo (subjetivamente, compreende os órgãos governamentais e administrativos e, objetivamente, as funções política e administrativa) e em sentido estrito (subjetivamente, apenas os órgãos administrativos e, objetivamente, apenas a função administrativa) (Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 45).

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 31.

¹⁹ JOSÉ, Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2007. P. 655

Instituída, portanto, em um contexto do Estado Liberal, a Administração Pública era estruturada para atender aos ideais eleitos pela burguesia, afastando-se das estruturas organizativas sob o domínio do soberano. Tem-se, assim, o início de alguns dos aspectos de uma administração burocrática²⁰.

Foi, porém, com a presença de um Estado Social que o modelo de administração burocrática restou definitivamente adotado, que, nos dizeres de Schier, “sem dúvida, é a maneira pela qual se deu a racionalização na esfera individual do poder público”.²¹

Para melhor compreender esse modelo de administração burocrática, mister se faz reportar, ainda que brevemente, aos conceitos de burocracia de Max Weber, visto ter sido um estudioso ímpar e profundo sobre a temática, tendo sido, por isso, conhecido como “criador da ‘Sociologia da Burocracia’”²².

Assim, segundo Weber, a “burocracia moderna” exerce sua funcionalidade atuando de três formas específicas, a saber: (a) regula os princípios que atuam em áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas conforme regulamentos, ou seja, de acordo com leis ou normas administrativas; (b) desenvolve atividades regulares indispensáveis à realização dos objetivos da estrutura governamental, sendo que tais atividades são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais; e (c) exerce autoridade quando dá as ordens necessárias ao cumprimento desses deveres oficiais, autoridade essa rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com os meios de coerção que possam ser colocados à disposição dos funcionários e autoridades, tomando-se medidas metódicas para a realização regular e contínua desses deveres e para a execução dos direitos correspondentes. Somente as pessoas com qualificações previstas por um regulamento são consideradas como funcionários²³.

Nesses moldes, forma-se uma estrutura administrativa burocrática²⁴, que no setor público deve ser “rigidamente estabelecida com cargos – de competência

²⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber. **Revista Crítica Jurídica**, nº 24, p. 21-50, jan/dez 2005. P. 27

²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber. **Revista Crítica Jurídica**, nº 24, p. 21-50, jan/dez 2005. P. 35.

²² VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007. P. 227.

²³ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. P. 229

²⁴ Utilizar-se-a o termo “estrutura administrativa burocrática” para designar um sistema burocrático de organização, sem prejuízo da diferenciação de Weber entre autoridade burocrática e administração burocrática. Assim, nos Governos públicos e legais esses três elementos constituem a “autoridade

definidas em lei –, distribuídos em carreiras, as quais, por sua vez, alocam-se em quadros²⁵. Há, portanto, uma formação hierárquica entre os cargos e os níveis de autoridade, baseada em um sistema ordenado de mando e subordinação²⁶.

Nessa estrutura administrativa burocrática há uma separação entre o que é da “repartição”²⁷ e o que é do “escritório”²⁸ do que pertence ao funcionário ou ao empresário. Especificamente ao setor público, destaca-se que a organização burocrática do serviço público separa a repartição do domicílio privado do funcionário e, assim, a burocracia segrega a atividade oficial como algo distinto da esfera da vida privada, inclusive todos os bens devem ser separados da propriedade privada de todos os ocupantes de cargos²⁹.

Disso resulta que a ocupação de um cargo público é uma “profissão”, posto que para ocupá-lo é essencial um treinamento rígido, que demanda sua capacidade de trabalho durante um longo período de tempo, exige exames especiais que são pré-requisitos para se exercer o cargo, sendo que a posição por ele ocupada tem a natureza de um dever. Aliás o “ingresso em um cargo, inclusive na economia privada, é considerado como a aceitação a uma obrigação específica de administração fiel, em troca de uma existência segura”³⁰.

Esclareça-se ainda que a ocupação do cargo não é considerada como uma troca habitual de serviços equivalentes, como é o caso dos contratos livres de trabalho na empresa privada. A lealdade que obriga o funcionário é dedicada a finalidades impessoais e funcionais, sendo que modernamente o funcionário não é considerado um servo do governante³¹.

Assim sendo, o funcionário está submisso tão somente a normas e regulamentos específicos do seu cargo, devendo prestar contas de suas atividades,

burocrática”, desenvolvendo-se plenamente em comunidades políticas no Estado atual ou moderno, executando atividades típicas de serviços públicos por meio de seus funcionários. Por sua vez, “administração burocrática” vem a ser dirigida ao domínio econômico privado. WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

²⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber. **Revista Crítica Jurídica**, nº 24, p. 21-50, jan/dez 2005. P. 36

²⁶ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. P. 230.

²⁷ Local dirigido ao setor público, composto por um quadro de funcionários ativos, ocupantes de cargos públicos, bem como os arquivos e expedientes.

²⁸ No mesmo sentido de repartição, porém é o local dirigido ao setor privado.

²⁹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. P. 232 em diante

³⁰ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. P. 232.

³¹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. P. 233 em diante

levando-se em consideração o cumprimento regular de seus deveres funcionais, obedecidos os princípios da hierarquia funcional e não os da subserviência pessoal.

A específica submissão a tais normas está relacionada com os próprios fundamentos da Administração Pública, que, em que pese possua uma estrutura organizada burocraticamente a semelhança (e não igualdade) do setor privado, conforme aludido por Weber, possui bases e finalidades diferentes do domínio privado.

Constitui-se, pois, uma finalidade e um fundamento da Administração Pública zelar pela supremacia do interesse público, que se coloca tanto para legitimar quanto para limitar o exercício do poder público³². Há, assim, uma peculiaridade do domínio público, visto que de um lado tem-se normas que atribuem ao poder público as prerrogativas, as quais inexistem no direito privado. De outro lado, existem normas que submetem a Administração Pública a restrições bem mais severas das encontradas no regime privado. Nesse sentido, Hachem, sob as lições de Rivero, explica que é o interesse público que legitima a instituição de prerrogativas especiais à Administração, e, também, limita a sua atuação. Trata-se do binômio: prerrogativas *versus* sujeições³³.

Na doutrina brasileira, o conceito de interesse público assumiu grande relevância na construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello. O equilíbrio entre as prerrogativas e restrições especiais da Administração Pública é explicado através dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade pela administração dos interesses públicos. Importante destacar que a doutrina brasileira não se baseia apenas nas noções gerais de prerrogativas e sujeições, mas, também, nos aludidos princípios³⁴.

Nesse sentido, a partir do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos derivam as garantias conferidas aos cidadãos de que o interesse da coletividade será realmente buscado pela Administração Pública. São desdobramentos constitucionalizados pela CF/88 os princípios da legalidade, da

³² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 56

³³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 112-113 *apud* RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 116.

impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência (art. 37). Destaca-se, também, a necessidade da abertura de concurso público para o recrutamento de agentes. Ou seja, o interesse público não pode estar à disposição do administrador³⁵.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, este se revela o alicerce para legitimar as prerrogativas e privilégios conferidos à Administração Pública, como, por exemplo, presunção de veracidade dos atos administrativos³⁶.

Destarte, os agentes/funcionários públicos, também denominados de burocratas, por fazerem parte da Administração Pública – como entidade organizada burocraticamente, nos moldes weberianos –, devem zelar pelo equilíbrio entre as prerrogativas e restrições especiais decorrentes da atividade pública.

Por conta dessa especialidade, em caso de descumprimento desses deveres/restrições funcionais, o agente/funcionário público recebe um tratamento também diferenciado na legislação, seja em leis especiais, por exemplo, no Estatuto do Servidor Público da União ou dos Estados e Municípios, seja no Código Penal Brasileiro.

2.2 IDENTIFICAÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO: UM DIÁLOGO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO?

Para o bom funcionamento da Administração Pública, é preciso de entes personificados que realizem em concreto os fundamentos do Estado. É necessário, então, que pessoas físicas ajam em seu nome, as quais são denominados agentes públicos pela doutrina administrativista³⁷. A expressão agentes públicos serve, em síntese, para identificar os indivíduos que laboram em favor do Poder Público. Assim, nas palavras de Bandeira de Mello, agentes públicos:

[...] é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente (...) Quem quer que desempenhe funções estatais,

³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 116-117.

³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 119.

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 38

enquanto as exercita, é um agente público (...) (grifo não presente no original)³⁸

Nesse contexto, a doutrina, com algumas variações,³⁹ divide os agentes públicos, basicamente, em três grandes grupos: agentes políticos, servidores estatais (servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado) e particulares em atuação colaborado com o Poder Público⁴⁰.

Sinteticamente – considerando não ser este o escopo do presente trabalho – , conceitua-se agentes políticos “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”⁴¹ (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e vices, Ministros e Secretários – auxiliares imediatos dos Chefes do Poder Executivo –, Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores)⁴². Já a designação servidores estatais (servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado) engloba todos os sujeitos que desenvolvem com o Estado e suas entidades uma “relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência”⁴³. Por fim, há, ainda uma a categoria de particulares que atua em colaboração com a Administração Pública, os quais, sem deixarem a qualidade de particulares, “exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico”⁴⁴.

Por seu turno, o Código Penal dedicou um artigo exclusivo para identificar o funcionário público. Assim dispõe o artigo 327, *caput*, do aludido Código:

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 248.

³⁹ A título exemplificativo, Di Pietro: “Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos: 1. Agentes políticos; 2. Servidores públicos; 3. Militares; 4. Particulares em colaboração com o Poder público” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 476.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 251

⁴² A doutrina diverge com relação ao enquadramento de juízes e promotores nessa categoria. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, não se tratam de agentes políticos por não tomarem decisões políticas. Ver mais em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Por outro lado, Hely Lopes Meirelles entende tratarem-se (juntamente com membros do Tribunais de Contas e carreira diplomática) de agentes políticos. Ver mais em DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 253-254.

⁴⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 255

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

A identificação do funcionário público para fins penais está nitidamente associada à função que o sujeito exerce. Trata-se, como se vê, de conceito amplo.

Nesse mesmo sentido, Hungria ressalta que, pela interpretação do referido artigo, extrai-se que o que importa é que o fato tenha sido “praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou per accidens (...)”⁴⁵, e não necessariamente a qualidade de funcionário público.

Frise-se, ademais, que a legislação penal utilizou a expressão funcionário público, a qual foi abandonada pela Constituição de 1988, que a substituiu pela designação ‘servidor público’.

Ainda, o § 1º do aludido dispositivo equipara “a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Sem embargo das diversas correntes de pensamento acerca da abrangência do conceito de entidades paraestatais, Di Pietro aduz que a interpretação a ser dada do referido dispositivo penal leva em conta as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta, os serviços sociais autônomos e demais entidades de apoio, bem como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público:

[...]o sentido em que se vulgarizou a expressão entidade paraestatal é mais aquele utilizado por Hely Lopes Meirelles, de modo a abranger as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta (empresas estatais de todos os tipos e fundações de direito privado), bem como os serviços sociais autônomos; a tais entidades é preciso acrescentar, agora, as entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Em tal sentido, deve ser interpretada a expressão entidade paraestatal, contida no artigo 327, § 1º, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.983, de 13-7-2000 [...].⁴⁶

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: vol. IX** – arts. 250 a 261. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P. 398.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**, 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 457-458

Dessa forma, o conceito de funcionário público adotado pelo Código Penal, em sua ampla abrangência, assimila-se ao conceito de agente público estabelecido pela doutrina administrativa, por englobarem diversas funções desempenhadas pelo sujeito.

2.3 SOBRE O TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CERTOS DELITOS: DIFERENCIAÇÃO DE DELITOS COMUNS E DELITOS ESPECIAIS

Muitos crimes são tipificados no Código Penal baseados em um fazer ativo de um sujeito, outros exigem uma omissão. Alguns, ainda, além da ação ou da omissão requerem do sujeito uma qualidade especial, como no caso dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública. Entendeu o legislador que algumas condutas merecem a censura penal em razão da própria condição pessoal do sujeito, o qual violou ou permitiu a violação de determinado bem jurídico.

Esse conjunto de delitos, disciplinados de maneira restrita quanto ao círculo de agentes, engloba o que a ciência penal denomina de “delitos especiais”. Segundo Martín, o conceito de delito especial raramente é trabalhado pela lei penal⁴⁷, recaindo tal labor à ciência penal, que, no decorrer da história, utilizou-se de termos como “*Delictum sui generis*”, “*Delictum proprium*” e “delito autônomo”⁴⁸.

Sturm destaca que embora não tenha cotejado algum conceito, não obstante, a lei penal romana foi a primeira a fazer referência a essa classe de delitos – de maneira equivalente a atualidade –, sob o nome de “*delicta propria*” e envolvia os crimes praticados por militares, diferenciando-se dos delitos que podiam ser cometidos por qualquer sujeito. Posteriormente, os glosadores romanos estenderam essa classe de delitos, englobando como “*delicta propria*” os crimes praticados por religiosos e os crimes de funcionário público⁴⁹.

⁴⁷ Não há, nessa afirmativa, uma restrição territorial. A lei penal aqui não se refere exclusivamente a um determinado país, sendo, portanto, em um contexto global.

⁴⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado em Direito –Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, 2003. P. 06-07

⁴⁹ STURM. **Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert** (tesis doctoral), Freiburg, 1939 apud GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado em Direito –Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, 2003. P. 07-08

A ciência jurídica penal, principalmente a alemã, viu-se incumbida de conceituar essa classe de delitos, atualmente designada como delitos especiais, delitos de infração de dever ou delitos de dever⁵⁰.

Alguns doutrinadores partiram (partem) de um conceito simplificado, compreendendo delitos especiais como aqueles que “não toda pessoa pode ser autor”⁵¹. Hippel defendia que a definição de delitos especiais deveria ser simples, sem demais elocubrações, visto que a lei, ao descrever tais crimes, não versaria sobre os fundamentos dessa classe restrita de autores, de modo que a falta de dados sobre seus postulados tornaria impossível uma conceituação aprofundada⁵².

Por outro lado, Schmidhäuser, Winrich Langer, Marco Deichmann e Claus Roxin desenvolveram uma conceituação mais complexa dos delitos especiais⁵³. Roxin afirma que “nos delitos especiais somente pode ser autor quem reúna uma determinada qualidade (qualificação de autor). Por regra absolutamente geral essa qualidade consiste em uma posição de dever extrapenal – por isso que nesses casos é melhor falar em ‘delitos de infração de dever’”⁵⁴ – exemplificando, então, que os crimes de funcionários públicos estão abrangidos por essa classe de delitos, de forma que somente será autor aquele que “infringir o dever especial derivado de uma posição oficial”⁵⁵.

Roxin explica que o legislador ao elaborar o tipo penal parte de métodos distintos de acordo com a conduta que pretende tornar típica. Para os delitos de ação, a metodologia aplicada se refere apenas a descrição das ações necessárias. Já para

⁵⁰ Neste trabalho adotar-se-á a nomenclatura “delitos especiais”, posto que qualquer referência de “dever”, conforme se verá no decorrer do presente, relaciona-se com a teoria de infração de deveres e seus desdobramentos. Assim, o termo “delitos especiais” representa uma forma mais ampla, sem designar exclusivamente alguma dita teoria.

⁵¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 199

⁵² VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 1930 (reimpresión 1971), p. 482 apud GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado em Direito –Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, 2003. P. 16.

⁵³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado em Direito –Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, 2003. P. 27.

⁵⁴ Tradução própria de “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (‘cualificación de autor’). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste em una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de ‘delitos de infracción de deber’” Em CLAUS, Roxin. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. **La estructura de la Teoría del Delito**, trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ed. Madrid: Editorial Civitas. P. 338

⁵⁵ CLAUS, Roxin. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. **La estructura de la Teoría del Delito**, trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ed. Madrid: Editorial Civitas.p. 338.

os delitos por ele chamados de infração de dever, a qualidade externa do comportamento do autor é irrelevante, “porque o fundamento da sanção é que alguém viole as exigências de comportamento que derivam do papel social que o sujeito desempenha”⁵⁶. Explica, ainda, que a falta de descrição da ação, nessa classe de delitos, não é um problema, devendo, todavia, o tipo penal remeter, de forma precisa, aos deveres que devem ser atendidos⁵⁷. O detalhamento da ação típica é substituído pela menção dos deveres.

Vale apresentar, ainda, a lição de Kaufmann sobre a comunicação entre a ação típica e os elementos especiais de autoria. Segundo ele, em alguns delitos, a autoria e a ação típica (ação ou omissão) são caracterizados em conjunto mediante uma relação especial entre o sujeito e o não exercício ou o exercício defeituoso de uma função por parte do titular/destinatário da norma penal. O filósofo penalista exemplifica que essa simultaneidade entre a qualidade do sujeito da norma e a ação típica é vista nos delitos de funcionários e nos delitos impróprios de omissão⁵⁸.

Kaufmann, portanto, não conclui que em tais delitos – tratados nesse tópico – a descrição da ação típica é substituída pela previsão dos deveres, mas que há uma estreita relação entre a qualidade da autoria – que, no caso de crimes de funcionários, é identificada pela função pública – e a ação típica. Nesse sentido que é possível vislumbrar um diálogo entre a análise de Kaufmann⁵⁹ com o conceito de Roxin, visto que em ambos a descrição da ação típica assume relação intrínseca com os

⁵⁶ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. P. 19

⁵⁷ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. **La estructura de la Teoría del Delito**, trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ed. Madrid: Editorial Civitas. P. 62.

⁵⁸KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, 1984, vol. 37, n. 1, p. 5-22. P. 12.

⁵⁹ Vale a alusão direta ao explicado por Kaufmann: “En el ambito nuclear del Derecho penal no parece haber delitos con puros elementos de la autoria, sino solo <<interpretables>>, en el sentido de que el sujeto y la materia de la norma, autor y accion u omision tipicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relacion especial entre el sujeto y su accion o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una funcion porparte de su titular. Este fendmeno, ya conocido anteriormente, de la constatacion simultanea de la cualidad del suieto de la norma y de la action normada -a veces mediante un concepto unico y a veces mediante una complicada description, lo he seguido en los delitos improprios de omision. Lo mismo, sin embargo, vale tambien para los delitos de funcionario, en los que la caracterizacion de la funcion publica, como cualidad de la autoria, aparece unida con la cualidad especial de la accion, con su relation respecto al officio publico ejercido”. KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, 1984, vol. 37, n. 1, p. 5-22. P. 12.

elementos especiais de autoria, ou seja, com os deveres decorrentes da função pública nos crimes de funcionários públicos.

É a partir de tais considerações que se extrai o conceito de delitos especiais, os quais englobam os delitos de funcionários públicos, objeto da presente. Aludidos crimes são tratados no Código Penal brasileiro da seguinte forma: há elencado no Título XI uma parte destinada aos Crimes contra a Administração Pública⁶⁰, constituído pelos seguintes crimes previstos no Capítulo I - dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, Capítulo II - dos crimes praticados por particular contra a administração em geral e Capítulo II-A - dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Dedicar-se-á, apenas, aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, embora de maneira global, sem individualizar algum tipo penal em específico. Neste capítulo (Capítulo I) do *codex* crimes previstos são: Peculato; Peculato mediante erro de outrem; Inserção de dados falsos em sistema de informações; Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações; Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; Emprego irregular de verbas ou rendas públicas; Concussão; Excesso de exação; Corrupção passiva; Facilitação de contrabando ou descaminho; Prevaricação; Condescendência criminosa; Advocacia administrativa; Violência arbitrária; Abandono de função; Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado; Violação de sigilo funcional; Violação do sigilo de proposta de concorrência.

Segundo Hungria, a “objetividade jurídica dos crimes (...) [contra a Administração Pública] é o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública”.⁶¹Tais crimes, portanto, exigem do sujeito ativo uma condição especial, qual seja, que o agente seja um funcionário público.

⁶⁰ BRASIL, **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.**

⁶¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal:** vol. IX – arts. 250 a 261. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. P 311

2.4 SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS ESPECIAIS EM PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS E SUAS IMPLICAÇÕES

Inicialmente é preciso esclarecer que os delitos especiais podem ser classificados em impróprios e próprios, dependendo da conduta tipificada.

Os delitos especiais impróprios são aqueles em que a conduta delitiva, tipificada como delito especial, coaduna-se com um delito comum. É o caso do crime de peculato, cuja ação típica é a subtração, equivalente ao furto (ou roubo se houver violência ou ameaça). Em sentido oposto aos delitos especiais impróprios, os delitos especiais próprios se identificam por não haver congruência com a conduta delitiva do crime especial, como por exemplo a prevaricação, que só existe em razão de um ato de um funcionário público que retarda ou deixa de praticar atos de ofício.

Com acerto, Nilo Batista prefere se reportar à aludida classificação como delitos especiais puros (próprios) e impuros (impróprios). Essa opção terminológica parece evitar certos equívocos praticados em alguns manuais brasileiros⁶² que utilizam o termo “próprio” no sentido de “especial” e assim classificam os delitos em “comuns” e “próprios”, o que já se sabe não ser o correto, visto que dentro dos delitos especiais há aqueles que são especiais próprios e outros especiais impróprios, ou melhor, puros e impuros.

Naqueles (puros), para Batista, “a qualificação do sujeito é essencial (fundante) para o ilícito, de sorte que na sua ausência o fato seria atípico (assim, por exemplo, o art. 321 CP)”⁶³, enquanto nos especiais impuros “a qualificação do sujeito representa uma quantificação (a maior ou a menor) de um ilícito comum ou geral, que seria praticável por qualquer pessoa”⁶⁴.

⁶² Estranhamente Damásio de Jesus parte da diferenciação de delitos comuns como sendo os previstos no “Direito Penal Comum” e delitos especiais como os presentes no “Direito Penal Especial”, sem, contudo, fundamentar essa classificação. Ainda, segundo ele, o que se entende nesse trabalho como delitos especiais é por ele compreendido como crime próprio. Em suas palavras: “Crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa. Exs.: homicídio, furto, estelionato etc. Crime próprio é o que só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal, questão que já estudamos no capítulo da “capacidade especial do sujeito ativo”. O crime próprio pode exigir do sujeito uma particular condição jurídica (acionista, funcionário público); profissional (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado); de parentesco (pai, mãe, filho); ou natural (gestante, homem)”. JESUS, Damásio de. *Direito penal*, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

⁶³ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e de participação no Direito Penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 96

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e de participação no Direito Penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 96

Para parte da doutrina, essa classificação dentro dos delitos especiais é relevante, visto que nos especiais próprios a qualidade especial do autor constitui o fundamento da punibilidade, enquanto nos especiais impróprios referida qualidade apenas leva a uma modificação da punibilidade⁶⁵.

Disso resulta que, para alguns estudiosos, o sujeito não qualificado no delito especial próprio jamais poderá praticar o delito e, por consequência, ser autor deste⁶⁶. É o caso, citado pela doutrina espanhola, da qualidade exclusiva de juiz no crime de prevaricação judicial (previsto no art. 446 do Código Penal Espanhol⁶⁷). No Brasil, pode-se citar a qualidade pessoal do Diretor de Penitenciária ou agente público no crime previsto no art. 319-A do Código Penal:

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Como resultado da afirmação de que o extraneus nunca poderá ser autor do delito especial puro, expõe-se duas conclusões defendidas pela doutrina. O sujeito não qualificado (extraneus) que contribui para o resultado em um delito especial próprio/puro poderá ser considerado como partícipe deste delito ou ser considerado impunível.

⁶⁵ BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. P. 40.

⁶⁶ BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de Infracción de Deber**. Madrid: Dykinson, 2008. P. 70-71.

⁶⁷ "Artículo 446: El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve. 3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas". NOTÍCIAS JURÍDICAS, **Base de dados art. 446 do Código Penal Espanhol**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t20.html>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

Na primeira opção – o extraneus responsabilizado como partícipe do delito especial próprio –, manifesta-se a doutrina, a exemplo de Quintero Olivares⁶⁸, Gimbernat⁶⁹, Muñoz Conde e García Arán⁷⁰, Quiroga⁷¹, entre outros.

Cita-se como fundamento dessa postura o exposto por Gimbernat Ordeig, o qual, baseando-se na lei penal alemã (§50, parágrafo 2), afirma que se a qualidade pessoal de um autor direto pode alterar a pena prevista no tipo do crime praticado, segundo mencionada estipulação legal, então isso também seria possível para os delitos especiais próprios praticados pelo sujeito não qualificado⁷².

Em outras palavras: se qualidades especiais podem modificar a pena do crime praticado, o extraneus que realiza um delito especial próprio responde sobre a base deste. Caberia, segundo a mencionada posição, uma atenuação de pena ao sujeito não qualificado, em razão da prática de um delito especial puro/próprio⁷³.

Uma outra posição defende que o sujeito não qualificado, que pratica um delito especial próprio, será impunível⁷⁴. É o que assevera Kohler ao afirmar que “quando o indutor não pode cometer juridicamente o fato, em absoluto, uma indução não é possível; por exemplo, o estranho (extraneus) A induz o funcionário B a um delito de funcionário puro, A não é responsável”.⁷⁵ Também partidários dessa concepção⁷⁶,

⁶⁸QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español**. Barcelona: CYMYS, 1974. P. 31

⁶⁹GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 225 e seguintes, p. 260 e seguintes.

⁷⁰MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal Parte General** 8. ed., rev., Valencia: Tirant lo blanch, 2010. P. 448.

⁷¹QUIROGA, Jacobo Lopéz Barja de. **Autoría y participación**. Madrid: Akal. P. 191-192.

⁷²GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012

⁷³GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012

⁷⁴Contra essa corrente, dedicou-se especial atenção sobre o assunto Maria Ángeles Rueda Martín. Ver em RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. **Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal**. Granada: Editorial Comadres, 2010. P. 96 e seguintes.

⁷⁵KOHLER, Leitfaden, 1912, p. 34 apud GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012, nota de rodapé nº 91, p. 227

⁷⁶Ver mais em nota de rodapé nºs 12 e 18 de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, bem como nota de rodapé nº 91 de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012

destacam-se, recentemente, Bolea Bardon⁷⁷, Rojas Vargas⁷⁸, Ortega⁷⁹, Ferré Olivé⁸⁰, entre outros.

Já no que tange aos delitos especiais impróprios, parte da doutrina entende que o *extraneus* deve responder pelo delito comum correspondente ou pelo delito especial na modalidade de participação.

Na primeira opção, caso o *extraneus* atue em conjunto com o *intraneus* em um delito especial impróprio, a resolução da questão se dá de forma relativamente simples, para seus defensores: o *extraneus* responderá pelo delito comum equivalente, como partícipe ou autor dependendo de sua contribuição para o fato.

Assim, responderá como indução pelo delito de homicídio o sujeito comum que induz o marido a assassinar sua mulher (do marido), assim como aquele que induz os pais a matarem seu filho (dos pais). Caso a atuação do *extraneus* vá além da mera indução ou da cumplicidade, realizando ativamente atos executivos, responderá o *extraneus* como coautor do delito comum⁸¹, ou seja, no exemplo, responderá como coautor do homicídio. Nesse sentido é a proposta de Mezger de que “a admissão de uma qualidade do tipo penal não tem sempre o sentido de excluir também a coautoria e a autoria mediata nos delitos não afetados por essa qualidade”⁸².

A essa alternativa se associa a uma das consequências da denominada teoria da ruptura do título de imputação. Entendem seus partidários que responsabilizar o *extraneus* pela prática de um delito especial impróprio, nos moldes do delito

⁷⁷ Embora considere que referida solução leva a lacunas de punibilidade. Em suas palavras: “El sujeto cualificado lleva a cabo un comportamiento activo que se correspondería estructuralmente con una inducción (o una cooperación) a un delito especial, de concurrir en el ejecutor material la especial cualificación. Pero, tratándose de un *extraneus* y de delitos especiales propios, parece que la conducta del hombre de detrás ha de quedar impune”. BARDON, Carolina Bolea. **Autoría mediata en derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. P. 441

⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. **Delitos contra la administración pública**. 4ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007. P. 79

⁷⁹ Segundo Ortega: “De este modo, el hecho quedaría impune si quien ejecuta la acción no tiene la cualidad exigida en el tipo”. ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de Infracción de Deber**. Madrid: Dykinson, 2008. P. 70-71

⁸⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Autoría y delitos especiales. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in**, 2001. P. 1015

⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012 p. 223.

⁸² MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946. P. 313. Em suas palavras: “La admisión de una cualidad personal en el tipo legal no tiene siempre el sentido de excluir también la coautoría y la autoría mediata de los no afectados por esa cualidad {Grd., 137 y 143}”.

comum, atende aos anseios do princípio da legalidade, visto que no delito especial há uma restrição típica do núcleo de autores⁸³. A teoria admite, ainda, a impunidade do extraneus em delitos especiais próprios, como explicado anteriormente.

Apostam, expressamente, nessa opção (extraneus responde pelo delito comum correspondente), Muñoz Conde e García Arán⁸⁴, Peña Ossea⁸⁵, Bolea Bardón⁸⁶, Miguel Díaz e García Conlledo⁸⁷, Ferré Olivé⁸⁸, Quiroga⁸⁹, Bacigalupo⁹⁰, entre outros.

Há quem entenda, todavia, que o extraneus deve responder pelo delito especial, ainda que impróprio. O extraneus será considerado partícipe do delito que efetivamente ocorreu, independentemente se o delito é especial impróprio ou próprio⁹¹.

Posiciona essa corrente no sentido de que o sujeito qualificado que realiza um delito especial tem uma reprovabilidade maior do que o sujeito comum que o realiza, não sendo possível responder pelo delito comum, mas sim pelo especial⁹². Por conta

⁸³SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

⁸⁴ Em suas palavras: “Así ocurre también, por ejemplo, en los delitos especiales impropios, en los que el coautor cualificado (funcionario público) responde por el delito especial (malversación) y el coautor no cualificado (particular), por el delito común (hurto)”. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal Parte General** 8. ed., rev., Valencia: Tirant lo blanch, 2010. P. 439.

⁸⁵OSSA, Erleans de Jesús Peña. La participación en los delitos especiales. **Nuevo Foro Penal**, n. 55, p. 17-34, 1992.

⁸⁶ Em suas palavras: De ahí, que le podamos castigar como autor del delito común correspondiente si se trata de un delito especial impropio. BARDON, Carolina Bolea. **Autoría mediata en derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. P 437

⁸⁷ Referidos autores admitem a possibilidade de resolver a problemática, da atuação do extraneus em delitos especiais impróprios, mediante o recurso do concurso de leis, a ser verificado em cada caso concreto. Em suas palavras: “En los delitos especiales impropios, el extraneus podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cooperador necesario (en el CP 1944/73, como cooperador ejecutivo) en el delito especial; ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el extraneus (sin detenernos aquí en cuál de las reglas de solución del concurso de leyes resulta de aplicación en cada caso, ni en la posibilidad de aplicar, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas, que, de tratarse de atenuantes, podrían serlo por analogía, en línea con lo mantenido al tratar de la participación en delitos especiales en el tema correspondiente)”. DÍAZ, Miguel; CONLLEDO, García. Autoría y participación. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 10, p. pp. 13-61, 2008. P. 34.

⁸⁸FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Autoría y delitos especiales. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in**, 2001. P. 1013-1023.

⁸⁹QUIROGA, Jacobo Lopéz Barja de. **Autoría y participación**. Madrid: Akal. P. 191-192

⁹⁰BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007

⁹¹Quintero Olivares, Gonzalo. **Los delitos de sujeto especial y la teoría de la participación**. Editorial Cymys, Barcelona, 1974.

⁹²GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012 P. 224.

disso, o extraneus ainda que realize atos executivos do delito especial, responderá como partícipe, visto que somente o intraneus pode ser autor do delito especial.

Gimbernát Ordeig se posiciona nesse sentido. Para ele, o sujeito que pratica um delito especial está praticando este delito e não outro delito. Assim, exemplifica que o sujeito que pratica uma “malversación” (comparável com o nosso delito de peculato) quer realizar esse crime e não uma apropriação indébita⁹³. Ressalta, todavia, que o extraneus poderia receber uma pena atenuada no delito especial, porém somente se a lei penal estipular essa possibilidade, não sendo dogmaticamente possível cria-la.

Nota-se que essa posição dá relevante atenção ao objeto que a norma penal vem a tutelar. Ao responsabilizar o extraneus pelo delito comum, quando na verdade praticou o delito especial (impróprio), o bem jurídico ofendido pelo extraneus não equivale sempre ao mesmo bem jurídico protegido pelo delito comum. Exemplificando: um sujeito que pratica o delito de peculato ofende valores assegurados pela Administração Pública (regularidade e a probidade administrativa, bom funcionamento da Administração Pública, patrimônio público...), enquanto ao realizar o crime de apropriação indébita ou furto o bem jurídico ofendido é o patrimônio.

Essa solução de considerar que *extraneus* responda pelo mesmo delito que o intraneus é, pois, uma consequência da denominada teoria unidade do título de imputação, cuja máxima, ao contrário da teoria da ruptura do título de imputação, visa assegurar as características da acessoriedade da participação. Assim, o partícipe deve responder pelo mesmo crime que o autor do delito, não deixando, dessa forma, lacunas de impunidade.

Todavia, a teoria da unidade do título de imputação⁹⁴ admite também o contrário. Assim, segundo a teoria, o sujeito qualificado que se restringe a atos preparatórios responde pelo delito comum equivalente (na ocorrência de um delito especial impróprio), caso a atuação do não qualificado vá além de mera participação. Ou seja, importa para a teoria a atuação do sujeito principal, sendo ele um sujeito

⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012 p. 260.

⁹⁴ Ver mais em RUEDA MARTÍN, María Ángeles. **Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal**. Granada: Editorial Comadres, 2010.

comum o intraneus e extraneus respondem pelo delito comum correspondente, sendo ele um sujeito qualificado, intraneus e extraneus respondem pelo delito especial⁹⁵.

Essa solução (do sujeito qualificado responder pelo delito comum) é admitida por Peñaranda Ramos, o qual defende que o intraneus que se restringe a induzir um extraneus na prática de um “parricídio”⁹⁶ deve responder pelo delito de homicídio na modalidade de participação (indução). Peñaranda Ramos, entretanto, deixa claro que o princípio da acessoriedade não é absoluto, cabendo ao juiz deixar de aplica-lo desde que fundamente os motivos⁹⁷.

Outrossim, há quem sustente a não diferenciação dos delitos especiais em próprios e impróprios. É o que assevera Sánchez-Vera Gómez-Trelles, quem afirma expressamente que os delitos especiais impróprios “não são ‘impróprios’ ou a caracterização como ‘impróprios’ é uma mera etiqueta carente de todo conteúdo”⁹⁸.

Segundo o referido autor, o qual parte de um desenvolvimento da teoria da infração de deveres (analisada posteriormente), tanto os delitos especiais próprios como os impróprios lesionam, em essência, uma instituição positiva (um dever positivo). Não há, para ele, uma distinção de conteúdo do injusto nesses delitos especiais (por ele denominados de “infrações de dever”). Assim, ou existe uma lesão a uma instituição positiva e então se fundamenta a punibilidade do sujeito qualificado ou não existe lesão não existindo o delito⁹⁹.

Contra essa posição, Mariana Ortiz argumenta que é preciso, sim, distinguir os delitos especiais em próprios e impróprios, sob o fundamento da finalidade normativa de proteção ao bem jurídico tutelado. Assim, segundo ela, o objetivo de

⁹⁵GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado. Universitat de Barcelona, 2003.

⁹⁶ Delito de matar um pai ou outro ascendente, o que não é tipificado como delito autônomo no ordenamento jurídico penal brasileiro.

⁹⁷RAMOS, Enrique Peñaranda. **La participación en el delito y el principio de accesoriadad**. Madrid: Tecnos, 1990.p. 355

⁹⁸SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002, P. 250-251.

⁹⁹ Em suas palavras: “estar obligado positivamente significa tener que edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, y, en verdad – como ha sido mostrado –, con independencia de si a la vez se hubiera dañado una institución negativa aun no habiendo estado obligado positivamente (por ejemplo, en el caso del funcionario de prisiones que comete el delito de favorecimiento de quebrantamiento de condena, por acción); esto es, independientemente de si, en la terminología habitual, hay un denominado delito común subyacente o no”. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002, P. 253.

proteção em um delito especial impróprio não é o mesmo que o de um delito comum, sendo, por isso, razoável existir essa espécie de delito especial¹⁰⁰.

Manifesta-se, aqui, mais favorável ao estipulado por Gimbernat Ordeig, embora se admita que em tal posição existam falhas. Na existência de um delito especial próprio ou impróprio o extraneus que nele atua, seja realizando atos preparatórios ou mesmo de execução, deve responder pelo delito especial. Ressalta-se que não se admite, no presente, levar às últimas consequências da teoria da unidade do título imputação, visto que responsabilizar o extraneus sobre a base do delito especial é apenas uma das implicações da teoria.

Acredita-se ser razoável que o sujeito não qualificado (extraneus) responda pelo delito especial (próprio ou impróprio), ainda que sua atuação tenha sido equivalente a uma participação. Não se defende, todavia, que se este atuou concretamente (atos de execução) em um delito especial (impróprio), enquanto o intraneus atuou realizando atos de participação (indução, cumplicidade, por exemplo), que ambos respondam sobre a base do delito comum correspondente¹⁰¹.

Tampouco se defende que o sujeito qualificado (intraneus) deve responder sobre a base de um delito especial, quando comete um delito comum, como se sua qualidade pessoal fosse mais importante do que o crime praticado. Aliás, em sua tomada de posição (item bb), Gimbernat deixa claro “pretender castigar um funcionário que participa em um delito comum sobre a base de um delito especial, é ainda mais indefensível que querer castigar o extraneus partícipe do delito comum”¹⁰².

É bem verdade que responsabilizar o extraneus em conjunto com o intraneus sobre a base de um delito especial, independentemente de suas atuações para a ocorrência do referido delito, leva consigo o problema de equiparar valorativamente atos preparatórios – equivalentes a uma participação – e atos de execução – equivalentes a uma autoria. Ainda assim essa parece ser a posição que mais leva em conta o objeto de proteção da norma penal.

¹⁰⁰ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

¹⁰¹ Posição defendida por Ramos, visto acima.

¹⁰² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 264.

2.5 PROBLEMÁTICA DA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA NOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É, então, agente/funcionário público o sujeito expressamente previsto pelos tipos penais disciplinados no Título XI, Capítulo I do Código Penal brasileiro. Em um primeiro momento, pela mera leitura dos dispositivos, integrantes do referido capítulo, parece incontroverso que, caso um funcionário público pratique um desses crimes, a autoria delitiva nele recairá.

A questão sobre a autoria parece ficar um pouco mais nebulosa quando se indaga a respeito dos critérios a serem utilizados para identificar os elementos necessários que devem ser compreendidos como integrantes da autoria nos delitos especiais. E mais, é preciso, ainda, que se avalie os critérios para limitar o núcleo de autores nesses delitos especiais e, então, identificar quem pode ser autor e como caracterizar suas condutas como equivalentes a de autoria.

A doutrina, principalmente a estrangeira, tem buscado trazer respostas, mediante a elaboração e aprimoramento de teorias, acerca da temática da autoria nos crimes especiais. É com base nesse arcabouço teórico que se buscará compreender a temática da autoria. Assim, extraindo os critérios basilares das teorias mais debatidas no presente (teoria da infração de deveres e teoria do domínio sobre o fundamento do resultado), questiona-se: para a caracterização de quem foi o autor nesse determinado grupo de crimes basta que o sujeito tenha infringido algum dever relacionado a sua função ou que tenha agido com domínio sobre o fundamento do resultado delitivo?

Muitos estudiosos entendem que a principal problemática desses delitos é referente, substancialmente, quando o delito é cometido por mais de um sujeito, podendo ser somente por agentes com qualidades especiais (funcionário público) ou envolver sujeitos comuns e funcionários públicos, ou seja, um *intraneus* e um *extraneus*.

Entretanto, antes da análise de quem pode ser o autor de um delito que envolve a atuação de um sujeito qualificado e um sujeito comum, é preciso identificar os critérios a serem usados para a caracterização da autoria do sujeito qualificado. E é sobre isso que se debruçará, substancialmente, os próximos capítulos.

Para que isso seja possível, mister se faz o estudo das teorias dispostas pela doutrina, especialmente alemã, acerca da autoria penal e a interpretação dessas teorias, feitas por estudiosos, com destaque para os de língua espanhola. Não menos importante é a análise da aplicabilidade dessas teorias. Por conta disso, é preciso apresentar, embora sucintamente, de que modo a jurisprudência vem identificando a autoria em delitos especiais. De forma mais detalhada, então, trabalhar-se-á em um caso hipotético, que envolverá a complexidade dos crimes contra a Administração Pública e a atuação de seus agentes, já que a nova criminalidade vem assumindo feição estruturada e complexa.

3 TEORIAS SOBRE AUTORIA

3.1 PANORAMA GERAL DA AUTORIA: UMA OPÇÃO POR UM “PONTO DE PARTIDA METODOLÓGICO”

Quando um agente se motiva a cometer um delito inúmeros caminhos podem ser feitos para atingir seu resultado pretendido. Sem ter a pretensão de esgotar esses caminhos, por vezes desconhecidos, sabe-se que o indivíduo pode optar por cometer o delito¹⁰³ sozinho ou em conjunto. No que tange à autoria delitiva, muitas são as teorias que a tentam explicar, seja por meio de métodos filiados à causalidade, seja por métodos com raízes teleológicas ou ontológicas¹⁰⁴.

Diversos autores em obras sobre autoria no Direito Penal utilizam como introito, ao cerne de seus trabalhos, diferentes classificações sobre as teorias evolutivas¹⁰⁵ históricas da autoria. “Ponto de partida metodológico” é a terminologia utilizada por Roxin para introduzir a sistemática da autoria e as teorias anteriores a do domínio do fato.

Para este trabalho, todavia, com todo respeito à opção metodológica do referido doutrinador, algumas mudanças se fazem necessárias como forma de adaptação prática ao objetivo pretendido no presente.

As teorias que trabalham a autoria podem ser englobadas em um (a) sistema unitário ou em um (b) sistema diferenciador. Sem prejuízo dessa divisão sistemática, as teorias podem, ainda, serem diferenciadas entre um (c) conceito restritivo e um (d) conceito extensivo, sendo que naquele (c) apenas o autor realiza a ação delitiva, - outras formas de intervenção no delito, que poderiam ser identificadas como de participação, não são puníveis, salvo se o legislador estipular alguma norma extensiva de punibilidade -, já nesta (d) todos os contribuintes realizam a ação delitiva, o que não exclui a possibilidade de existir uma norma restritiva da punibilidade¹⁰⁶.

¹⁰³ Considera-se, aqui, apenas os delitos cometidos com a vontade do agente.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998.

¹⁰⁵ A presente autora não concorda com o termo teorias “evolutivas”.

¹⁰⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014.p. 13

A primeira classificação, que leva em conta a diferença entre os sistemas, refere-se àqueles que mais foram utilizados historicamente para designar as formas de contribuição no delito. A diferença entre o (a) sistema unitário e o (b) sistema diferenciador é que (a) compreende que todas as formas de intervenção delitiva possuem o mesmo marco penal, de modo que não há diferenciação entre as intervenções que causam um resultado¹⁰⁷, enquanto (b) distingue os marcos penais, levando em conta as várias formas de contribuição delitiva, identificando os sujeitos como autores ou partícipes.

Ressalta-se que o termo “sistema” é adotado porque dentro de cada um deles é possível várias teorias ou subsistemas. O sistema unitário, assim, engloba o sistema unitário formal, o qual considera iguais todas as contribuições delitivas causais, e o sistema unitário funcional que, ainda que identifique o mesmo marco penal para todas as formas de contribuição, no plano conceitual essa diferenciação é feita¹⁰⁸. Dentro do sistema diferenciador, pode-se considerar que dele fazem parte as teorias: subjetiva, objetiva-formal, objetiva-material e a domínio do fato, sendo que a diferença entre elas se refere ao “reconhecimento da necessidade de se perquirir um método de diferenciação entre ambas as modalidades de contribuição ao delito¹⁰⁹”.

Partir-se-á, no presente, da divisão sistemática, considerando dentro do sistema unitário a teoria unitária e no sistema diferenciador as teorias subjetivas, objetivas (formal e material) e do domínio do fato.

3.2 TEORIA UNITÁRIA

A autoria delitiva de acordo com o sistema unitário possui bases oriundas da teoria causal. Nas palavras de Mezger, “o conceito de causalidade não é um conceito jurídico, mas sim lógico”¹¹⁰. É uma forma ou uma categoria do pensamento humano que possibilita a compreensão e as conexões do mundo sensível (mundo das experiências). Segundo o referido tratadista, essa forma de pensamento – que leva à

¹⁰⁷ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011. P. 38.

¹⁰⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 13-14.

¹⁰⁹ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.p. 46

¹¹⁰ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946. P. 220.

compreensão da realidade fática – deve também orientar o raciocínio jurídico, “sob pena de se perder o contato com o mundo da experiência e com o restante do pensamento científico¹¹¹.

Seguindo essa orientação, causa tem ligação direta com o efeito que produz. Assim será causa aquilo que não pode ser retirado da mente sem desaparecer seu efeito, ou seja, é uma condição deste¹¹².

Para Soler, a causalidade é a relação que se faz entre a conduta corporal do agente e o resultado produzido, ou seja, entre uma fase subjetiva e objetiva da ação¹¹³

Toda condição do resultado concreto não é somente causa no sentido lógico-causal, mas também pode fundamentar a responsabilidade de um agente pelo fato produzido. Assim, a teoria da equivalência das condições – vertente da causalidade – pode ser aplicada para fins de se atribuir a responsabilidade penal à um sujeito¹¹⁴ por um resultado ocorrido.

O jurista alemão Maximilian von Buri apresentou¹¹⁵ em diversos trabalhos¹¹⁶, inclusive em seus julgados quando era magistrado, a teoria da equivalência das condições. Segundo Buri, pela causalidade é possível compreender os processos de surgimento dos fenômenos que acontecem na realidade. Para isso, é preciso partir da análise das forças eficazes que resultaram na ocorrência de um fenômeno qualquer. A soma dessas forças eficazes é considerada a causa do fato¹¹⁷.

Para Buri, a responsabilidade penal de um agente por um fato guarda relação com a causa desse fato. Assim, “se não há causa, não existe responsabilidade”¹¹⁸ e

¹¹¹MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946. P. 221.

¹¹²(id.ibid, p. 222).

¹¹³SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino: tomo I**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951. P. 301 e seguintes.

¹¹⁴ Mezger ressalta que a culpabilidade é uma limitação da responsabilidade penal. Assim: “cierto es que reconoce que la responsabilidad penal, también en los casos en los que el acto de voluntad del agente ha causado el resultado, puede sufrir una limitación en virtud de la exigencia de culpabilidad” Em: MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946. Pág. 222

¹¹⁵ Aqui a utilização do verbo “apresentou” foi proposital, diante da controvérsia existente acerca da criação da teoria da equivalência das condições. Optou-se, assim, por utilizar v. Bar por ter sido um jurista da área penal, tendo aplicado a referida teoria em suas decisões como magistrado.

¹¹⁶Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873; Zur Kausalitätsfrage, 1878; Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885

¹¹⁷BURI, Maximilian Von. **Ueber Causalität Und Deren Verantwortung**. 1. Ed. Leipzig: Gebhardt, 1873. P. 1-2. Disponível em http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/buri_causalitaet_1873. Acesso em 30 de outubro de 2017.

¹¹⁸ Em suas palavras: “Das heißt nicht allein: wenn keine Ursache vorliegt, ist auch keine Verantwortlichkeit begründete” acrescenta: “sondern zugleich auch: wenn keine Verantwortlichkeit

vice-versa. A essa afirmação, surgem algumas exceções explicadas pelo penalista: a) mesmo havendo uma causa, não há responsabilidade se o nexo causal foi interrompido pela intervenção de causas imprevistas inaceitáveis pelo agente e b) também não há responsabilidade quando o resultado produzido não depende da vontade do sujeito, como por exemplo o médico que realiza uma cirurgia impecável em seu paciente, mas este morre na cirurgia.

É com base na teoria da *conditio sine qua non* (teoria da equivalência das condições) que o conceito unitário de autor se fundamenta. Assim, considerando que toda condição do fato é a causa deste, autor é todo aquele que influencia o fato, causando-o¹¹⁹.

Não importa a magnitude dessa influência para a ocorrência do fato, mas sim se esta contribuiu realmente para o resultado¹²⁰. Ou seja, analisando-se toda cadeia delitiva, autor é o sujeito que, de qualquer modo, causou o resultado delitivo. Não há, aqui, qualquer relevância se um indivíduo contribuiu mais ou menos, não havendo diferença de importância entre os atos dos sujeitos para o sucesso do crime.

Autor, então, é todo aquele que contribui para a prática delitiva, sem diferença entre autor e partícipe. O conceito unitário de autor representa, também – além da ausência de diferenciação entre autoria e participação –, uma opção político-criminal demonstrando que não importa o grau da contribuição na prática do delito, mas sim que todos os que colaboraram para o resultado delitivo devem ser punidos igualmente¹²¹.

Sendo, então, todos os contribuintes do delito autores, a única diferenciação possível entre eles se dá pelo juiz na aplicação da pena, o qual “deve atender exclusivamente ao sentido e fim da pena”¹²². O objetivo do conceito unitário é permitir que não existam lacunas de punibilidade, visto que a responsabilização de um

besteht, ist auch keine Ursache vorhanden”. BURI, Maximilian Von. **Ueber Causalität Und Deren Verantwortung**. 1. Ed. Leipzig: Gebhardt, 1873. p. 2-3. Disponível em http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/buri_causalitaet_1873. Acesso em 30 de outubro de 2017.

¹¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 330 e 331.

¹²⁰ BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación: desde una visión normativa**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012. Pág. 06.

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 331.

¹²² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4ed., corr., y ampl., Trad. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993. P. 587.

contribuinte independe da responsabilização do outro, devendo todos os intervenientes do fato delituoso responder como autores deste.

3.2.1 Opção do legislador brasileiro

No Brasil, Nelson Hungria se mostrou defensor da teoria unitária, ao argumento de que havendo mais de um sujeito contribuindo para o crime, todas as ações se dirigem a um mesmo resultado de modo recíproco objetivamente, “que constituem, no seu conjunto, uma só operação”¹²³. Dessa forma, todas as ações dos sujeitos estão vinculadas a apenas essa “operação” e, conseqüentemente, ao mesmo resultado, de modo que devem responder igualmente todos aqueles que contribuíram para o fato delitivo.

Em sentido diferente da primeira legislação penal brasileira de 1830 (Código Criminal do Império do Brasil)¹²⁴, o qual diferenciava autor de cúmplice, o Código Penal de 1940 adotou o critério unitário. Quando elaborado, os defensores do pensamento insculpido neste Código argumentavam que a não diferenciação de autoria e participação consistia em uma consequência lógica da teoria da equivalência das condições¹²⁵.

A redação quando promulgado o Código Penal de 1940 era: “Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Com a reforma de 1984, a matéria foi disciplinada no título IV, intitulado como “Concurso de Agentes”, o que antes cabia ao título “Da co-autoria”. Além disso, introduziu-se uma parte final ao artigo sobre a autoria, trazendo a possibilidade de o agente concorrer para o crime “na medida de sua culpabilidade”:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

¹²³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. P. 408.

¹²⁴ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹²⁵BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Ademais, tornou-se possível cominar uma pena menor ao sujeito que participa do crime com atos de menor importância.

Para Nilo Batista, a inteligência do disposto no artigo acima comentado é a de “nivelar, em princípio, as penas de todas as formas de concurso”, sendo tal sistemática somente rompida na hipótese do § 1º¹²⁶.

Deve-se ressaltar que o § 1º do art. 29 não faz previsão de um patamar penal diferenciado para o partícipe de menor importância, do mesmo modo como faziam, em relação ao cúmplice, os Códigos Penais de 1830 e de 1890¹²⁷.

Em princípio, o partícipe incide nas penas típicas, de forma independente da relevância de sua intervenção na ação delituosa, a qual será valorada somente no momento da aplicação da sanção, diferenciando-a da contribuição do autor na mesma conduta delitiva, seja no momento da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, seja no momento do cálculo final da sanção, tudo nos moldes do sistema trifásico do art. 29, § 1º, combinado como o art. 68, ambos do referido Diploma Legal.

Convém, nesse ponto, fazer menção ao disposto no art. 31 do Código Penal: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Como se vê, referido dispositivo legal, ao mesmo tempo em que faz referência às formas de participação em sentido estrito, prevê que a punibilidade dessas modalidades de participação no ato delituoso só têm cabimento após o início da execução do delito, ou seja, o partícipe somente poderá ser punido quando sua intervenção na prática do crime se dá quando essa prática está em andamento provocado pelo autor. Dessa forma o art. 31 do CP faz a previsão classificada pelos nossos doutrinadores como acessoriedade quantitativa de participação, defendendo,

¹²⁶ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹²⁷ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

assim, a necessidade de uma dependência da participação em sentido estrito relativa à autoria¹²⁸.

Nesse sentido, a participação se manifesta como intervenção acessória, pois depende de uma conduta principal do autor, conduta essa que, se não tiver um ponto de partida (tentativa), tal intervenção sequer poderá ser reconhecida e, via de consequência, falar-se em punibilidade dessa intervenção acessória.

3.2.2 Autoria nos delitos especiais pela teoria unitária

Sabe-se, pelo o que foi exposto, que autor – pela teoria unitária – é todo aquele que deu causa ao resultado lesivo, não importando o seu grau de contribuição, cabendo, todavia, uma diferenciação acerca desse grau na valoração da pena.

O Código Penal Brasileiro adotou essa teoria na parte geral, aplicando o conceito unitário de autor, para caracterizar a autoria de forma geral. O mesmo Código, na parte especial, criou condutas que somente podem ser praticadas por determinadas pessoas com qualidades especiais, como no caso dos crimes praticados por funcionários públicos, cerne desse trabalho.

Assim, todo funcionário público que contribui para o resultado lesivo será considerado autor, podendo, todavia, ser valorada sua pena “na medida da sua culpabilidade”. Não há, aqui, maiores problemas na identificação da autoria quando o crime é praticado apenas por um funcionário público, por exemplo, o funcionário que subtrai um bem móvel do qual tinha posse em razão de seu cargo, será considerado autor do crime de peculato.

Da mesma maneira, caso dois funcionários públicos resolvam subtrair esse mesmo bem móvel, também serão considerados autores do peculato pela teoria unitária, ainda que um deles tenha contribuído em grau menor para o fato. Assim, caso um funcionário público tenha apenas induzido um outro funcionário para que este, com suas próprias mãos, realize a conduta delitiva – aqui no exemplo a subtração –, ambos serão considerados autores, podendo a pena desse sujeito que induziu ser diminuída.

¹²⁸ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

Pode, ainda, a análise dos casos serem resolvidas pelas modalidades de autoria, ou seja, hipóteses de coautoria ou autoria mediata, mas não entre autoria e participação.

Rojas e Uchoa aduzem que a teoria unitária é “incompatível com a própria essência dos delitos especiais, na medida que não diferencia entre as diferentes formas de participação, e com isso, tampouco entre o *intraneus* e o *extraneus*”¹²⁹.

3.2.3 Críticas ao sistema unitário

Jescheck assevera que o conceito unitário de autor não é alheio a críticas. A sua primeira ressalva – a qual é incompreendida por muitos – é que para referido conceito, por considerar que toda contribuição ao fato é causa do resultado danoso – ou seja, ofende um bem jurídico –, o específico injusto da ação de cada tipo penal se esvaece¹³⁰. Há, aqui, um alargamento do núcleo do tipo penal, o que fere, inclusive, o princípio da legalidade por considerar como típica toda cadeia causal. Assim, se o núcleo do art. 121 do Código Penal brasileiro é constituído pelo verbo “matar alguém”, o fato de dar uma arma constitui uma ação de homicídio¹³¹.

A principal ressalva acerca do conceito unitário de autor está ligada exatamente com o seu exposto aspecto positivo. Ao possibilitar a exclusão de lacunas de punibilidade (ver tópico anterior) referido conceito leva a uma ampliação desenfreada da punibilidade.

Explica-se: como a causalidade é o critério motor para caracterizar a responsabilidade de um agente, toda cadeia causal do resultado será considerada e nisto pode estar incluído fatores que não interessem ou não sejam relevantes para o Direito Penal. Isso, claro, quando se fala em crimes com resultado.

Há, situações, ainda, nas quais o crime não se consuma, havendo mera tentativa. Assim, considerando que toda contribuição que causa o fato é relevante

¹²⁹ ROJAS, Alvaro Castañeda; OCHOA, Roxana Luz. **Autoría y participación en los delitos especiales**. Universidad Peruana Los Andes. Nuancaya, 2015. P. 03.

¹³⁰ Nas palavras de Jescheck: “... el específico injusto de la acción de cada tipo se perde con la reinterpretación que incluye todas las contribuciones al hecho en la causación de las lesiones a los bienes jurídicos”

¹³¹ Exemplo modificado de BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación**: desde una visión normativa. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012. Pág. 07

para fins de responsabilização – e, dessa forma caracterizando a autoria –, a mera tentativa de colaboração será considerada punível¹³².

Outrossim, a problemática também pode ser evidenciada no que tange aos delitos de mão própria e especiais ao considerar toda a contribuição de um sujeito que não atue diretamente com as próprias mãos ou que não detenha as características especiais do indivíduo previstas no tipo¹³³. Ou seja, considera-se como responsáveis, como se autores fosse pelo resultado danoso, todo aquele que influenciou a cadeia causal, ainda que o sujeito não possa realizar ele mesmo o injusto, em razão de alguma exigência do tipo penal.

3.3 TEORIA SUBJETIVA

Diante da necessidade de se ter critérios mais exigentes do que a mera causalidade, a teoria subjetiva foi desenvolvida com o objetivo de trazer elementos mais convincentes – para os seus defensores – sobre a autoria quando mais de um sujeito pratica o crime.

Assim como a teoria unitária, referida teoria parte do método causal. Assim “todas as condições seriam causais e, portanto, normativamente equivalentes, pelo o que cúmplice causaria objetivamente o que faz o autor individual ou o coautor”¹³⁴.

Nota-se que, no plano objetivo, a teoria não permite a diferenciação entre autor e partícipe. O diferencial da teoria é no sentido de permitir a análise de elementos subjetivos. Considera-se autor aquele que quer o fato como próprio, atuando com *animus auctoris*, e cúmplice o sujeito que quer o fato como alheio, agindo com *animus socii*. Não importa, aqui, se houve a realização dos elementos do tipo – ou qualquer outro elemento objetivo – para fins de caracterizar a autoria ou a participação. No exemplo utilizado por Maurach, a autoria pode ser determinada, inclusive, ao indivíduo que se restringe a dar conselhos ao agente que irá atuar diretamente, caso aquele tenha querido o resultado como próprio”¹³⁵.

¹³²JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4ed., correg., y ampl., Trad. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993. P. 587.

¹³³JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4ed., correg., y ampl., Trad. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993. P. 587.

¹³⁴MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traduccion por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 302.

¹³⁵MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traduccion por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 302.

Maurach divide a teoria subjetiva em extremada e restringida. A primeira era aplicada pelo Tribunal Imperial da Alemanha, enquanto a segunda pelo BGH (*Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal da Alemanha). A diferença entre elas reside no fato de que, para a restringida, o elemento subjetivo vontade não pode permanecer no plano interno do indivíduo, devendo ser investigada valorativamente¹³⁶.

Muitos doutrinadores, entretanto, não fazem essa divisão dentro da teoria. O conteúdo da vertente subjetiva restringida poderia levar a uma convergência para a teoria objetiva-material (que será posteriormente explicada neste trabalho). Entretanto, Maurach faz a ressalva de que a subjetiva parte e é dependente do método causal, assim considera o elemento vontade como o único critério decisivo para caracterizar a autoria ou a participação, ainda que a vertente restringida exija uma valoração da vontade.

A maior parte da doutrina, todavia, diferencia a teoria subjetiva em duas vertentes: teoria subjetiva do dolo e teoria subjetiva do interesse.

Independentemente de quantas vertentes se utilize para defender e embasar a teoria subjetiva, indiscutível é que o método causal é o norte para fins de responsabilização dos intervenientes do crime, assim como a causalidade é restrita pela inclusão de elementos subjetivos, como a vontade.

3.3.1 Teoria do dolo

O defensor que mais se destacou na teoria do dolo foi Buri, o qual afirmava que o partícipe tem sua vontade condicionada com a do autor. Este, então, que tem o papel de decidir se o resultado deve ocorrer ou não, enquanto o partícipe apenas anui com essa decisão¹³⁷.

Bockelmann, defensor mais recente da teoria do dolo, alude que a diferença da autoria da participação se funda a partir de elementos subjetivos. Consiste, segundo ele, em um critério fácil de ser apreendido, qual seja, a subordinação da vontade do partícipe a do autor principal¹³⁸.

¹³⁶MAURACH, Reinhart. **Derecho penal:** parte general. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traduccion por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 302.

¹³⁷DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal.** 2ed., ampl., y prof., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. P. 71.

¹³⁸DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal.** 2ed., ampl., y prof., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. P. 19.

Nota-se, assim, que segundo a teoria do dolo o partícipe apenas apoia a vontade do autor, cuja decisão (do autor) é livre e independente. Cabe ao autor decidir sobre a consumação ou não do delito, assim como o modo de agir. Não importa, assim, o grau de contribuição para a realização do fato, mas sim o poder de decisão.

Em referida teoria, todavia, encontrou-se falhas que foram observadas por seus críticos. Roxin, nesse sentido, aponta que “a direção de vontade interna dos partícipes não podem ser reduzidas a um denominador comum”¹³⁹. Ou seja, não pode todo encadeamento subjetivo do partícipe ficar adstrito a um outro sujeito, ao autor, no caso.

Roxin cita como exemplo o fato de dois sujeitos, em conjunto, realizarem um fato e cada um deixar internamente (vontade) a execução a critério do outro¹⁴⁰. Nesse caso hipotético ambos seriam partícipes e inexistiria a figura do autor, pois não houve a tomada de decisão de executar o fato de acordo com a vontade que deteria o autor.

3.3.2 Teoria do interesse

Defendida por Feuerbach, a teoria subjetiva do interesse se baseia na ideia, em síntese, de que autor é aquele que tem *animus auctoris*, isto é, que “tem ou persegue um interesse próprio pelo fato”¹⁴¹. O partícipe, todavia, é aquele que possui o *animus socii*, ou seja, que não possui interesses independentes, agindo, então, com base em interesse alheio.

Assim independentemente da exteriorização do ato pretendido pelo sujeito, será autor quem demonstrou interesse próprio no fato. Não importa o resultado prático no mundo físico, mas sim se o interesse de quem era o interesse, se era próprio do sujeito, caracterizando a autoria, ou se era alheio, constituindo a participação.

Exemplo sempre muito citado pela doutrina é o caso da “banheira” decidido pelo Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt) na década de 40. Duas irmãs, solteiras, ficaram grávidas em período próximo uma da outra. Uma acabou perdendo

¹³⁹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 72.

¹⁴⁰ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 72.

¹⁴¹DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. 2ed., ampl., y prof., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. P. 19.

o filho e o pai das irmãs, ao descobrir, ficou enfurecido e ameaçou expulsar as filhas de casa, caso alguma delas ficasse grávida. A irmã que permaneceu grávida – ocultando isso da família, exceto da irmã – pariu a criança e, com medo do seu pai, pediu insistentemente à irmã para afogar seu filho no banho. Esta, então, anuiu com a súplica da irmã e a criança faleceu. O RGSt decidiu em condenar a irmã que afogou o bebê como cúmplice de um homicídio, posto que teria agido sob o interesse que não era seu, mas sim de sua irmã¹⁴².

Nota-se, portanto, que a execução formal da ação típica não é determinante para a caracterização da autoria ou da participação, mas sim a análise do elemento subjetivo interesse.

A teoria do interesse não se diferencia muito da teoria do dolo. De acordo com o Roxin, a pequena diferença reside no fato de aquela “proporcionar um indício tangível de ‘subordinação da vontade’ requerida pela teoria do dolo¹⁴³”

A teoria, entretanto, não obedece aos objetivos da política criminal¹⁴⁴. O intuito do legislador, ao tipificar uma conduta, não se restringe somente ao interesse interno do sujeito, mas sim a realização do fato em si. Assim, o fato de um sujeito ter internamente um freio mental de não ter interesse no resultado típico, mas mesmo assim realiza-lo, não deve isenta-lo de sua conduta como autor visto que o fato efetivamente ocorreu devido ao ato externo praticado por ele.

3.3.3 Autoria nos delitos especiais pela teoria subjetiva

De acordo com o que fora explicado, pela teoria subjetiva, sinteticamente, pode ser considerado autor o indivíduo que quer como seu o resultado delitivo, ainda que não tenha agido diretamente no fato. Já o partícipe será aquele que não quer o resultado delitivo como seu, não sendo relevante se sua contribuição no fato tenha sido essencial para o resultado.

Assim, para verificar se o sujeito é autor ou partícipe do ato ilícito, deve-se analisar primordialmente sua vontade, o que deve ser feito, no caso concreto, pelo

¹⁴²BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación**: desde una visión normativa. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012. P. 22.

¹⁴³ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 74.

¹⁴⁴BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación**: desde una visión normativa. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012. P. 16.

juiz. No caso dos delitos especiais, como no exemplo anterior do peculato, poderá ser considerado autor o funcionário público (A) que quis a subtração de algum valor do qual obteve em razão do seu cargo.

Outrossim, caso esse funcionário público (A) peça para que outro funcionário público (B) subtraia esse valor para que (A) utilize em proveito próprio, o sujeito (B) será considerado partícipe, ainda que tenha atuado diretamente no fato, enquanto (A) será autor do delito de peculato.

Essas conclusões, como em qualquer teoria que se utilize, parecem fáceis de serem visualizadas. Merece, todavia, maior atenção nos casos em que atue um intraneus e um extraneus.

Uma parte da problemática dessa questão já foi tratada pelo Tribunal da Alemanha, como dito, na década de 40. A teoria subjetiva foi efetivamente aplicada pelo RGSt no caso da “banheira”, o qual trata, em essência, de um delito em que um dos sujeitos tinha uma qualidade especial e outro não, posto que figurava a mãe da criança (sujeito especial) e a irmã da mãe (sujeito comum). Inicialmente, a irmã que afogou a criança (ou seja, tia desta) com as próprias mãos foi acusada por homicídio, todavia o Tribunal Alemão entendeu que ela deveria responder por participação no crime de infanticídio (delito especial), pois não agira por sua própria vontade, sendo *essencial* “investigar e verificar se ela queria que o ato de matar fosse seu próprio ou simplesmente queria apoiar o ato de sua irmã. Se alguém quer a ação como sua depende principalmente, se não exclusivamente, do grau de interesse no resultado”¹⁴⁵

Por exigir apenas a observância de elementos subjetivos para a diferenciação entre autoria e participação e não a execução efetiva de elementos objetivos do tipo, caso um sujeito que não detenha as qualidades especiais realize concretamente a ação típica, por vontade ou interesse de um sujeito especial, poderá o indivíduo comum ser considerado partícipe do delito especial.

3.3.4 Críticas a teoria subjetiva

Em qualquer de suas vertentes, a teoria subjetiva sofre críticas. Pelo fato de ter como único critério decisivo o elemento subjetivo vontade, a definição acerca da

¹⁴⁵RGSt t. 74, julgado em 19.02.1940. P. 84-85

diferenciação entre vontade de autor e vontade de cúmplice acaba incumbindo somente ao juiz¹⁴⁶, podendo levar tanto a arbitrariedades como a impunidades.

Há, inclusive, um problema ligado a legalidade, visto que a caracterização da autoria, para a referida teoria, depende de elementos alheios à tipicidade da norma penal¹⁴⁷. O *animus* do agente só pode ser aferido no momento em que sua conduta é exteriorizada, não sendo, portanto, o critério subjetivo suficientemente apto para, isoladamente, proceder à diferenciação entre autoria e participação. Mesmo que se compreenda a importância da vontade ou o interesse para a realização da ação, o subjetivismo depende da análise de elementos objetivos (como a tipicidade da conduta) para ser verificado. Ou seja, para a teoria, parece ser mais importante analisar a vontade do agente do que averiguar a lei penal.

3.4 TEORIA OBJETIVA-FORMAL¹⁴⁸

Mezger, um dos defensores da teoria objetiva, assevera que a "vontade de autor" é um elemento insuficiente. A vertente da teoria subjetiva denominada de teoria do fim ou dos interesses fracassa ao afirmar que autor é aquele que age com vontade de autor de acordo com as finalidades e interesses próprios, não de outros. Para ele, aludido conceito não merece acolhida posto que o próprio ordenamento penal reconhece tipos que "já pressupõe para o autor uma ação dirigida a finalidade e interesses de outros", citando como exemplo, o § 216 do Código Penal alemão que "castiga o homicídio realizada a raiz de um pedido sério e expresso da vítima e os § § 253 e 263 (extorsão e fraude) admitem a autoria ainda que se aspire uma vantagem patrimonial a um terceiro"¹⁴⁹.

Mezger, contudo, aceita que a vertente subjetiva denominada de teoria do dolo é mais acertada que a citada anteriormente (teoria dos interesses). O fato da teoria se basear na ideia de que autor quer o fato como próprio tem a consequência positiva de não subordinar a vontade de nenhum interveniente do (ou no) crime.

¹⁴⁶DANGELO, André Scheller. Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana. **Memorias**, v. 8, n. 14, 2010, p. 114-133.

¹⁴⁷TOSTE, Yan Vera. **Autoría y participación**. Havana: Editorial Unijuris 2015.

¹⁴⁸ Roxin ressalta que referida teoria foi denominada por Birkmeyer em 1908. Em: ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. Pág. 52

¹⁴⁹MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946. P. 307.

Entretanto, ainda assim, tais critérios são insuficientes. É evidente que a "vontade" deve ser vista pelo ordenamento jurídico, mas deve vir na própria tipificação penal. Assim, o sentido objetivo é a base para a caracterização da autoria. Autor, então, é o sujeito que realiza os elementos essenciais do tipo.

De um modo sintético e sem esgotar todas suas vertentes, a teoria objetiva-formal compreende a autoria como sendo aplicada ao sujeito que executa os tipos da parte especial da lei penal¹⁵⁰. Não importa aqui a motivação de caráter pessoal do agente, seu *animus* não é relevante para a caracterização da autoria¹⁵¹.

A participação se diferencia da autoria, visto que o partícipe realiza as ações direcionadas ao tipo ampliado. Não há, na participação, um tipo penal especial, todavia a responsabilidade se funda nas disposições gerais que orientam a parte especial da lei penal¹⁵².

Importante ressaltar que a teoria não exige, para a caracterização da autoria, que o sujeito execute todas as condutas do tipo, podendo ele executar somente parte das ações. Destaca-se que, ainda que o sujeito execute parcialmente essas ações, é imprescindível para sua caracterização a execução dos verbos emanados pelo tipo penal, posto que aquele que não realiza essas condutas e interfere no curso causal somente poderá ser considerado partícipe¹⁵³. Este, por sua vez, restringe-se a executar os atos preparatórios ou prestar auxílio àquele que realiza a conduta típica (autor).

A teoria objetiva formal se fundamenta no argumento de que o autor, por executar as condutas do tipo, age com maior reprovabilidade ou periculosidade do que alguém que não o faz¹⁵⁴¹⁵⁵, assim como se baseia no fato de que somente as

¹⁵⁰DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoría en derecho penal**. Barcelona: PPU. 1991.

¹⁵¹ DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 2ed., ampl., y prof., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2002. Pág. 25.

¹⁵²DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoría en derecho penal**. Barcelona: PPU. 1991.

¹⁵³JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4ed., correg., y ampl., Trad. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993. P. 590.

¹⁵⁴ BARDON, Carolina Bolea. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. P. 52-53

¹⁵⁵ Nas palavras de Ordeig: "Detrás de este argumento se esconde el siguiente principio: la ley, al regular la participación, há buscado cuál es el comportamiento de los distintos codelincuentes que revela una mayor maldad; la definición de la coautoría es entonces bien sencilla: coautor es el que realiza dicho comportamiento". Em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 12.

ações executivas são subsumidas ao tipo penal, respeitando, dessa forma, a norma penal e os critérios de valoração de condutas¹⁵⁶.

O próprio Roxin, defensor da teoria do domínio do fato, salienta que a teoria objetiva-formal tem suas vantagens ao evitar as consequências indesejáveis do pensamento causal (seguido principalmente pelo sistema unitário), mantendo-se “felizmente no meio entre o modo de considerar exclusivamente valorativo e o simplesmente captador de sentido”¹⁵⁷.

Ainda, Roxin assevera que carece de razão o vocábulo “objetivo” da teoria, visto que o elemento subjetivo-final se faz presente, sendo elementos subjetivos como as intenções, atitudes e tendências considerados relevantes pelo legislador incorporando-as na descrição do delito, assim como somente será autor quem realiza uma ação típica dirigida de modo final¹⁵⁸.

3.4.1 Autoria nos delitos especiais pela teoria objetiva-formal

Viu-se, então, que autor é aquele que realiza as condutas descritas no tipo penal, enquanto partícipe é aquele que restringe suas condutas a atos não executivos. Incumbe ao intérprete da lei, portanto, avaliar os limites objetivos das condutas dos envolvidos no delito, se houve ou não a realização de atos típicos.

Nessa esteira, poderá ser autor do crime de peculato o funcionário público que subtraia um bem móvel do qual detinha posse em razão de seu cargo. Caso, porém, um funcionário público subtraia esse mesmo bem móvel induzido por outro

¹⁵⁶ Em GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 16.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 53.

¹⁵⁸ Nas palavras de Roxin: “Debe añadirse que esta concepción – lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad – se denomina “objetiva” sin razón; ¡¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado! El delincuente sexual del § 176, el incendiario del § 306, el envenenador del § 229 StGB... aparecen ante nosotros como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. También en una época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Además, esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito”. Em ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. Pág. 53.

funcionário público, este será considerado partícipe, enquanto aquele autor do crime de peculato.

Outrossim, poderia haver hipótese de coautoria caso dois funcionários públicos realizem a conduta executiva de subtração. Delicada, porém, parece ser a aferição dos limites entre as condutas divididas entre os funcionários: será autor do crime de peculato apenas quem efetivamente subtraiu o bem? Ou apenas quem detinha posse do bem em razão do seu cargo?

Em uma situação hipotética, por exemplo: um funcionário público A tem a função de colocar plaquetas em bens móveis para identificação de tal patrimônio do município. Outro funcionário B, também do município, trabalha na função de assessoria de um departamento qualquer, sem ter a posse desses bens móveis. A diz a B que em sua sala há diversos bens a serem subtraídos, os quais somente ele tem acesso, visto que detém a posse por cuidar dos referidos bens. A, então, pega um desses bens e entrega a B para que este leve à sua casa e os revenda no comércio, repartindo entre eles o proveito econômico.

No caso em questão, são dois funcionários públicos os quais realizam atos descritos no tipo penal, ainda que não integralmente. Conforme explicado no tópico anterior, a teoria objetiva-formal não exige que o autor do fato realize todos os atos executivos para ser assim considerado, bastam que execute pelo menos uma parte. Portanto, no caso em tela, A e B poderiam ser autores do crime de peculato¹⁵⁹.

3.4.2 Críticas a teoria objetiva-formal

Não obstante seja, dentre as teorias citadas anteriormente, a que provavelmente oferece o mais preciso critério distintivo entre autoria e participação, aludida teoria não escapou às críticas.

Uma das falhas dessa teoria é a impossibilidade de solucionar casos de coautoria em que haja uma divisão de trabalho, como, por exemplo, o chefe de um bando que dirige o assalto coordenando e controlando, mas sem agir com sua própria

¹⁵⁹ Por certo que somente é possível a coautoria na hipótese descrita porque ambos realizaram atos descritos pelo tipo penal, posto que se somente um deles tivesse realizado a conduta típica e o outro tivesse se restringido a um ato meramente preparatório, a situação recairia em um caso de autoria e participação.

mão, será considerado mero partícipe – para a teoria objetiva-formal – visto que não executou as condutas nucleares do tipo¹⁶⁰.

Para Roxin, o maior defeito da teoria é não conseguir explicar a autoria mediata¹⁶¹. Assim, quando um sujeito responsável se utiliza de um instrumento (um terceiro) para executar os atos delitivos na hipótese deste não poder ser responsabilizado (porque não agiu antijuridicamente, por exemplo), aludida teoria não resolve a questão da autoria do sujeito responsável¹⁶².

Zimmerl, citado por Ordeig, tenta resolver essa problemática ao argumento de que a solução é desconsiderar a autoria mediata e interpretar tais casos como hipóteses de indução¹⁶³. Entretanto, Ordeig assevera que essa interpretação somente é possível de forma análoga – proibida no Direito Penal – que traz, como consequência, a impunidade do sujeito que se utiliza de outro¹⁶⁴.

3.5 TEORIA OBJETIVA-MATERIAL

Também com raízes fixadas na causalidade – porém negando a vertente da teoria da equivalência das condições – a teoria objetiva-material se funda nas distinções entre as forças que produzem o resultado, considerando autor aquele que causa o resultado e partícipe aquele que realiza a condição do resultado¹⁶⁵

Parte da doutrina entende causa como uma ação executiva, aproximando-se da teoria formal-objetiva. Finger, todavia, entende como causa as ações com significação axiológica maior, enquanto condição os fatos que carecem de uma significação axiológica¹⁶⁶.

¹⁶⁰MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traducción por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 311.

¹⁶¹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 53.

¹⁶²ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011. Pág. 66.

¹⁶³ZIMMERL, **Zur lehre vom tatbestand**, 1928, p. 20

¹⁶⁴GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 23

¹⁶⁵GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 95-96

¹⁶⁶FINGER, strafrecht, 1932, p. 387, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 97

Em outras palavras, entende-se como autor o sujeito que realiza um ato decisivo para o resultado típico, enquanto partícipe o indivíduo realiza uma contribuição que apenas aumenta a possibilidade do resultado¹⁶⁷.

É, pois, objetiva por não levar em conta elementos internos do sujeito, diferenciando-se das teorias subjetivas que, como dito, fundam-se essencialmente na análise dos elementos relacionados à vontade ou ao interesse do indivíduo.

Ademais, a teoria acrescenta um aspecto material que vai além da realização do tipo. Analisa-se o grau de contribuição do sujeito para a ocorrência do fato típico. Este é, pois, o elemento material que diferencia a teoria formal-objetiva da objetiva-material.

O autor é, então, quem realiza uma contribuição objetivamente mais importante para a ocorrência do delito¹⁶⁸. Não basta, assim, que, para ser considerado autor, este execute os verbos do tipo, mas que realize, também, uma contribuição essencial para o fato delitivo.

3.5.1 Autoria nos delitos especiais pela teoria objetiva-material

Desta feita, é possível afirmar que, para a teoria objetiva-material, poderá ser considerado autor o sujeito que realiza uma contribuição ao fato típico sem a qual o resultado não teria ocorrido. Caso essa contribuição não se dirija diretamente à ocorrência do fato, ou, sob outro viés, não seja tão relevante ao resultado típico, poderá haver hipótese de participação.

No que tange aos delitos especiais, precisamente os cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública, será considerado autor o funcionário público que realizou a ação de maneira decisiva para o resultado típico.

Assim, aplicando o exemplo do crime de peculato, poderá ser autor o funcionário público que subtrai um bem móvel ou valores dos quais tinha posse em razão do cargo.

Caso, ainda, dois funcionários públicos resolvam praticar o referido crime, será autor quem realizou uma conduta decisiva para a ocorrência do delito. Assim, se

¹⁶⁷ BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación**: desde una visión normativa. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012. P. 22.

¹⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito; trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Págs. 335

ambos os funcionários agiram decisivamente para o resultado, haverá hipótese de coautoria. No exemplo utilizado no tópico anterior, a mesma solução poderia ser aplicada, dessa forma, poder-se-ia falar em hipótese de coautoria no caso dos funcionários A e B agirem realizando condutas típicas e decisivas para o resultado, seja pela detenção da posse do bem móvel em razão do cargo, seja pela subtração do bem, assim como pela aferição de proveito em benefício de ambos.

Todavia, caso o funcionário B, que não detém a posse dos bens, tenha restringido sua atuação a acompanhar o funcionário A na subtração dos bens, tendo, porém, os dois recebido os proveitos econômicos decorrentes do ato ilícito, B poderá ser considerado mero partícipe, enquanto A autor do crime de peculato.

Importa ressaltar que os exemplos que podem ser utilizados decorrentes da teoria objetiva-material em casos concretos, ainda que hipotéticos, são restritos, principalmente nos delitos especiais, visto que decidir o que é “contribuição relevante” é tarefa que necessitaria de critérios menos abstratos e mais factíveis. Ora, é difícil encontrar uma ação que seja típica, sem ser relevante.

3.5.2 Críticas a teoria objetiva-material

A teoria objetiva-material não se mostra satisfatória para seus fins pretendidos. Nitidamente, há um problema de imprecisão – insanável pela causalidade – sobre o que é causa e o que é condição¹⁶⁹.

Referida teoria não apresenta critérios reais e práticos que demonstrem o que efetivamente constituiu uma contribuição decisiva para o resultado típico. Ora, se a teoria busca não se utilizar de bases subjetivas para diferenciar autor de partícipe, por certo que objetivamente deveria ser possível essa distinção. Ocorre que o elemento essencial para distinguir autor de partícipe é o grau de contribuição do indivíduo, o que não é apreendido de acordo com elementos subjetivos. Então como se verifica a importância da contribuição? Há, aqui, uma falta de clareza sobre como delimitar o grau de importância da ação do sujeito para o crime.

¹⁶⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

3.6 DOMÍNIO DO FATO

A base histórica da teoria do domínio do fato se mostra difícil de ser delineada. Roxin destaca Hegler como o primeiro a adotar a expressão “domínio do fato” na obra *Die Merkmale des Verbrechens – ZStW (1915)*. Referida expressão foi por ele utilizada como elemento da figura do sujeito do delito como requisito material de culpabilidade, assim, sem caracterizar e diferenciar a autoria e a participação¹⁷⁰.

Roxin também anota que Frank (*Kommentar*) e Goldschmidt (*Normativer Schuldbegriff – Frank-Festgabe*) fizeram uso do termo domínio do fato como elementar da culpabilidade. Hermann Bruns (*Kritik der lehre vom tatbestand, 1932*) foi o primeiro a adotar a ideia de domínio do fato para caracterizar a autoria e a participação, porém partindo de bases diferentes das atuais, de modo que “autoria pressupõe ao menos a possibilidade de domínio do fato”¹⁷¹.

Bruns assevera que para a participação falta o domínio do fato do resultado final. Embora tais conceitos se coadunem com o atual conceito de domínio do fato, Roxin ressalta que não se pode considerar Bruns como fundador da teoria do domínio do fato, visto que os estudos deste foram pouco desenvolvidos e sequer definem o que se entende por “domínio do fato” e os efeitos práticos de seus estudos¹⁷².

Foi, então, por meio de um estudo crítico à jurisprudência do RG que Lobe (*Einführung in den allgemeinen teil des strafgesetzbuches, 1933*) utilizou a **ideia** da teoria do domínio do fato com conteúdo muito similar com o adotado atualmente. Assim, ao invés de existir um *animus auctoris* é preciso um *animus domini* para a caracterização da autoria.

Em sentido mais profundo do que Lobe, Welzel desenvolveu o conceito de domínio do fato associando-o, na dogmática penal, com a doutrina da ação, “derivando desta uma ‘autoria final’ baseada no critério de domínio do fato”¹⁷³.

¹⁷⁰ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 80-81.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 81

¹⁷²ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 81.

¹⁷³ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 83.

3.6.1 Domínio do fato em Welzel

Welzel conduz o elemento da autoria para o núcleo do injusto, constituindo “o centro pessoal de ação do injusto”. Autor é aquele que realiza o injusto, por isso que o estudo da temática da autoria deve se dar dentro da teoria do injusto¹⁷⁴.

A autoria é dividida entre os delitos culposos e dolosos, de modo que a autoria deve ser estudada separadamente em cada espécie desses delitos, pois suas características são diferentes entre si.

Nos crimes culposos, autor é o sujeito que causa um resultado evitável. Para os delitos dolosos não basta a causação de um resultado, mas que o autor tenha domínio consciente do fato dirigido a um fim¹⁷⁵.

Welzel desenvolve seu estudo do domínio do fato sobre os crimes dolosos, dedicando especial atenção a este conteúdo. Para ele, a autoria, nesses crimes, possui característica geral e características específicas. A primeira se refere ao domínio final do fato. As segundas se dividem em as características objetivas-pessoais, como por exemplo, o dever de um funcionário público e subjetivas-pessoais que são as intenções especiais, tendências e formas de ânimo ou sentimento, elementos específicos subjetivos de cada indivíduo¹⁷⁶.

A autoria mediata¹⁷⁷ pode existir quando o terceiro não realiza uma ação dirigida a um resultado e quando este terceiro tem a decisão sobre o fato sendo ele mero instrumento. Falta ao terceiro – sujeito considerado como instrumento utilizado pelo autor para atingir o seu fim – o domínio finalista do fato. Assim pode ser considerado terceiro o sujeito que age culposamente ou totalmente sem culpa, bem como aquele que atua sem liberdade (por exemplo, em estado de necessidade, sob

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 112.

¹⁷⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 112.

¹⁷⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 112.

¹⁷⁷ “En principio, no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él quede en quien le lleva a la acción”. Em WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 106

coação, ou sendo menor de idade, doente mental, ou, ainda, um subordinada que, com boa-fé, execute uma ordem ilícita).

Para a definição de coautoria é necessário que haja uma decisão e uma execução comum do fato das pessoas envolvidas no delito, “o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas”¹⁷⁸.

Assim, todos devem compreender a realização comum do fato, ou seja, devem todos anuir para o resultado lesivo, ainda que esse entendimento ocorra no decorrer da ação delitiva. A responsabilidade de cada um vai até o limite da sua compreensão do fato. Quanto à execução, esta deve ir além dos atos preparatórios.

Não basta, assim, para a caracterização da coautoria apenas os elementos objetivos, como a execução objetiva do fato. É preciso que exista a junção dos elementos subjetivos e objetivos:

Portanto, cada coautor deve subjetivamente ser co-portador da decisão comum do fato, vale dizer, ter em conjunto com os demais a vontade absoluta do resultado, e objetivamente completar as contribuições dos demais no fato, mediante sua colaboração no fato¹⁷⁹

Todos os elementos caracterizadores da autoria devem estar presentes, de forma que cada coautor é um autor, o qual decide subjetivamente e contribui objetivamente para o resultado lesivo. O domínio final do fato se faz presente em cada coautor.

Para Roxin, os estudos de Welzel sobre a teoria do domínio do fato se aproximam com a teoria do dolo (subjetiva), em razão da necessidade, em sua análise, do autor ter uma vontade incondicionada de realizar o fato.

3.6.2 Domíniodofatoem Maurach

Para Maurach, assim como toda ação típica antijurídica, o conceito de autoria também possui características objetivas e subjetivas. “O elemento objetivo da autoria no tipo penal se encontra correspondido por um elemento subjetivo de autoria: a

¹⁷⁸WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 113.

¹⁷⁹WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, P. 116.

vontade de dominar o fato”¹⁸⁰. O elemento objetivo do domínio do fato e a vontade em tal sentido compõem a autoria como domínio final do fato.

O elemento objetivo de autoria integra o curso do acontecer típico, na possibilidade fática de dirigir em todo momento a configuração típica. Toda forma de participação se caracteriza pela ausência do domínio do fato.

Além do domínio final do fato, é preciso, para a definição da autoria, que haja subjetivamente a vontade de domínio do fato, estando o fenômeno objetivo e subjetivo reciprocamente ligados. Aliás, Maurach assevera que existindo a vontade de domínio, mas ausente o domínio objetivo do fato, o resultado é a ocorrência de mera tentativa. Em sentido contrário, estando presente o domínio do fato, mas inexistente a vontade ocorre, então, uma hipótese de erro de tipo com a exclusão do dolo¹⁸¹.

Em sentido diverso de Welzel, Maurach considera ser possível a existência de um domínio do fato no sujeito que atua detrás de um executor que age dolosamente, caracterizando a autoria mediata.

Para Maurach o essencial da autoria é que o sujeito mantenha por si o curso do fato típico. Assim, se vários sujeitos com domínio objetivo do fato e com vontade de domínio do fato atuam em conjunto, ainda que meramente intelectual – sem, portanto, exercer diretamente por suas mãos o fato –, a coautoria fica caracterizada¹⁸²

Para Roxin, a teoria de domínio do fato desenvolvida por Maurach é mais ampla do que a feita por Welzel e principalmente mais autônoma, visto que se mostra apartada das teorias anteriores, como a subjetiva do dolo¹⁸³.

3.6.3 Domínio do fato em Roxin

De antemão é possível chegar à conclusão de que até a publicação da obra de Claus Roxin “autoria e domínio do fato” (*Täterschaft und Tatherrschaft*), em

¹⁸⁰MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traducción por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 316.

¹⁸¹MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traducción por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95. P. 316.

¹⁸²ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 90.

¹⁸³ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 90.

1963, nenhum outro doutrinador havia desenvolvido de forma tão complexa e profunda a teoria do domínio do fato.

Sinteticamente, a teoria tem como ponto de partida que “o autor é a figura central do acontecer típico”¹⁸⁴, sendo esta a metodologia geral para ser aplicada a toda e qualquer forma de autoria penal. A teoria de Roxin parte de um procedimento que distingue formas de domínios. Em primeiro lugar, analisa-se a realização de um tipo pela própria pessoa¹⁸⁵, ou seja, autor é aquele que realiza a ação típica, que domina a realização imediata (domínio da ação).

Além deste, há aquele que pode ser autor sem a intervenção própria na execução de uma conduta por um ato de vontade, configurando, assim, a autoria mediata, na qual o autor direto tem controlada sua vontade pelo autor indireto; assim também quando o autor direto, detendo um conhecimento especial, fica na dependência de um autor indireto (domínio da vontade).¹⁸⁶

Há também aquele que empreende sua ação típica sem exercer poder de vontade sobre o atuar dos outros e, por sua colaboração, pode se tornar a figura “central do sucesso”, hipótese de coautoria com divisão de trabalho na realização do fato (domínio funcional do fato).¹⁸⁷

Ainda, é importante destacar que Roxin reconhece uma espécie de domínio por meio de um aparato de poder, constituindo uma das formas de autoria mediata. Assim:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.¹⁸⁸

¹⁸⁴ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Págs. 21/22.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 147.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 147.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 147.

¹⁸⁸ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Págs p. 28.

Neste sentido, além da emissão da ordem por aquele que possui uma posição superior, dentro de uma organização hierárquica vertical, é preciso que essa estrutura não seja jurídica e que os executores possam ser trocados. Para fundamentar essa espécie de domínio, Roxin se utilizou do exemplo de Eishmann.¹⁸⁹

Esta forma de domínio foi alvo de críticas por parte da doutrina, e alguns queriam utilizar a teoria em outros tipos de organizações, como em uma empresa.¹⁹⁰ Tal entendimento poderia gerar a perversa presunção de que os tipos societários são organizações criminosas. Todavia não é crível que toda ordem ilegal emanada por um superior hierárquico, em uma empresa, seja automaticamente executada por seus funcionários. Além disso, para que um superior hierárquico emane ordens de cunho ilegais/ilícitas não é possível a permutabilidade daqueles que estão dispostos a compartilhar dos crimes.

Claus Roxin, alega que há delitos cuja autoria se baseia em outros critérios¹⁹¹, como no caso dos delitos de dever ou delitos de violação de dever, que considera autor o sujeito que detém um dever especial de caráter extrapenal e o viola, ainda que não tenha o domínio sobre o fato. Constituem-se, pois, de delitos próprios e de delitos omissivos impróprios. Vale frisar que este dever extrapenal não atinge a todo partícipe, podendo-se afirmar que delitos de infração de dever “são todos aqueles cujos autores estão obrigados institucionalmente a um cuidado do bem”.¹⁹²

Assim, nas palavras de Roxin, o que fundamenta a autoria nesses casos (delitos praticados por funcionários públicos, delitos empresariais, por exemplo) é a quebra do dever especial extrapenal, sem ter em conta a vontade do autor, tampouco o domínio do fato.¹⁹³

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. **Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada**. Tradução de Enrique Anarte Borrallo, de la Universidad de Huelva. Revista Penal número 2. 1998. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/31>. Acesso em 25 de julho de 2016.

¹⁹⁰ “Muñoz Conde e Schünemann, dois colegas especialmente próximos, querem, por esse motivo, aceitar em tais casos, de modo distinto ao âmbito da restante criminalidade, uma coautoria entre pessoas de direção e de execução”. Em ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología”, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Tradução do original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” por Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada).

¹⁹¹ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **Claus Roxin 80 anos**. Revista Libertades, n. 7, maio-agosto de 2011. Disponível em <https://goo.gl/oQd1Qm>. Acesso em 25 de julho de 2016

¹⁹² JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General**. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 791

¹⁹³ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. Págs. 388-389.

4 O DOMÍNIO DO FATO E SUAS MODALIDADES

Viu-se, assim, a compreensão da teoria do domínio do fato e seu entendimento de acordo com alguns estudiosos. Seguir-se-á, aqui, o desenvolvimento do estudo de Roxin, sendo, imprescindível, neste ponto, expor as modalidades de domínio, nos moldes roxinianos.

Referida análise é importante para que se possa, posteriormente, entender como a teoria do domínio do fato é aplicada em alguns julgados, assim como para que possa viabilizar um melhor exame de outras teorias, sejam decorrentes do critério do domínio, sejam baseadas em critérios incompatíveis.

4.1 DOMÍNIO DA AÇÃO

Essa forma de domínio é a mais fácil de visualizar e que desenvolve menos controvérsias. Superficialmente, entende-se que possui domínio da ação o sujeito que atua livremente de modo a realizar de mão própria os elementos do tipo.

A definição da autoria recorre, na maioria dos casos de domínio da ação, à atividade do legislador. Ou seja, basta analisar a descrição das condutas contidas no tipo penal e verificar se o sujeito as realizou. A interpretação da lei conduz à caracterização da autoria¹⁹⁴. Assim, por exemplo, considera autor de homicídio aquele que atira na vítima.

A realização dos elementos emanados pelo tipo penal é um conceito que não se restringe a teoria do domínio do fato. Como visto, as teorias objetivas (formal e material) também conduzem a este conceito. Entretanto, nessa teoria, faz-se presente a subjetividade, posto que o comportamento do autor é dirigido com finalidade.

Tais conclusões não geram maiores dúvidas, entretanto, Roxin se preocupou, também, com os casos em que o sujeito atua de mão própria, dolosamente, mas sob coação. Para Welzel referido agente não atua com domínio do fato pela ausência de vontade de realiza-lo. Roxin, todavia, assevera que tal conclusão não parece acertada, visto que é possível – e aliás bem provável para ele – que um indivíduo

¹⁹⁴ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 155.

sofrendo coação, por exemplo em um estado de necessidade exculpante, atue com dolo. Nas palavras de Roxin:

Levando essa ideia até o final (de Welzel), se chegaria ao resultado de que a presença de qualquer causa de exclusão de culpabilidade haveria de excluir simultaneamente o dolo, consequência que acabaria com a teoria da culpabilidade e com isso toda a doutrina final de ação, algo que Welzel não pretenderia¹⁹⁵

Assim, com exceção dos casos de *vis absoluta* (excludente da ação), o sujeito que atua de mão própria, dirigindo sua atividade, tem o domínio da ação, independentemente de estar sob coação ou não¹⁹⁶

É incontroverso que a realização completa das condutas descritas no tipo conduz à caracterização da autoria, pelo domínio da ação. Entretanto, há casos em que o sujeito comete apenas parte dessas ações. Para Maurach, a realização de parte dos elementos do tipo já é suficiente para a definição de autoria, não podendo se considerar hipótese de mera participação.

Roxin argumenta, todavia, que não é possível considerar o cometimento de qualquer elemento do tipo para a caracterização da autoria. É necessário que haja uma análise específica do caso concreto, de acordo com dados espaciais e materiais, e, assim, associar com a atuação do sujeito. Como exemplo, um sujeito que vigia a entrada de uma fábrica para que outros cometam delitos no interior desta, pode ser coautor ou não. Pode ser possível que se considere autor o indivíduo que realiza apenas parte dos elementos do tipo, mas essa análise não é automática como propõe Maurach.

4.2 DOMÍNIO DA VONTADE

Se a ideia do domínio da ação se desenvolve de maneira simples e pouco complexa, o mesmo não se pode dizer sobre o domínio da vontade. É nessa espécie de domínio que uns dos temas mais incontroversos e inexatos se faz presente, que é

¹⁹⁵ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 155.

¹⁹⁶ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 155.

a autoria mediata, ou seja, se é possível considerar como autor o sujeito que não executa o fato por si mesmo, mas sim por meio de outro.

Para tentar esclarecer o assunto, Roxin divide a temática sobre o domínio da vontade em grupos, nas hipóteses de: (1) um sujeito que se utiliza de um agente não livre e exerce sobre este uma pressão; (2) uma pessoa que se serve de alguém que está em erro, estando aquele em uma situação de superioridade intelectual no caso concreto; (3) assim como, quando ausente o erro, mas possuindo o terceiro doença mental ou sendo menor de idade, de modo que o homem de trás é detentor de superioridade psíquica e intelectual; (4) o indivíduo, aproveitando-se do poder superior de um aparato organizado de poder, emana ordens a seus inferiores e assim domina o curso do sucesso e; por fim, (5) a figura do instrumento doloso.

4.2.1 Domínio da vontade em virtude de coação

Roxin inicia sua tese sobre domínio da vontade em virtude de coação, expondo os casos e diferenciando o estado de necessidade coativo; estado de necessidade simples; estado de necessidade supralegal exculpante; situações análogas ao estado de necessidade e, por fim, algumas relações de obediência militar.

Como não é este o foco desse trabalho, remete-se o leitor interessado ao estudo de cada uma dessas situações previstas na obra de Roxin, já amplamente citada. Apresenta-se, então, a conclusão desses casos que, por sinal, converge-se em uma só.

A coação exercida pelo sujeito de trás somente se converte em autoria mediata, quando o ordenamento jurídico exclui a responsabilidade penal do sujeito da frente. Referida conclusão faz jus aos critérios fixados pelo legislador ao admitir essa exoneração de responsabilidade, a qual somente deve se dar em casos excepcionais¹⁹⁷. É o que dispõe o art. 22 do Código Penal brasileiro ao estipular que somente o autor da coação será punido, caso este exerça uma coação irresistível ao sujeito da frente¹⁹⁸

¹⁹⁷ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: Autoria como domínio do fato-estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís ... [et alii]. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 26.

¹⁹⁸Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. BRASIL, **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**.

4.2.2 Domínio da vontade em virtude de erro

Para todas as espécies de erro – desenvolvida em forma de graduações – o conhecimento superior do homem de trás confere a ele o domínio do fato sobre o executor direto (homem da frente), incidindo em plena hipótese de autoria mediata.

Para Roxin, essa espécie de domínio se justifica pelo fato de que o saber mais amplo do homem de trás resulta com que ele compreenda com maior exatidão o “significado social do sucesso e conseqüentemente seja capaz de configurar ele sozinho o sentido do sucesso da ação”.¹⁹⁹

Assim, inclusive nas espécies de erro que não excluem ou reduzem o dolo e a culpabilidade do executor direto já é possível fundamentar uma autoria mediata, visto que ainda assim o sujeito de trás tem maior plenitude conhecimento e assume o controle do homem da frente, como se este fosse uma “marionete”²⁰⁰.

4.2.3 Domínio da vontade pela utilização de inimputáveis e menores

Os mesmos critérios usados para o domínio da vontade em razão da ocorrência de uma coação ou erro podem ser utilizados para os casos da utilização de inimputáveis e menores.

Assim, referido domínio do homem de trás se funda no fato deste controlar a formação de vontade do homem da frente – como ocorre na coação – ou que aquele possua um conhecimento superior e, então, domine o sucesso do fato (supradeterminação) - como ocorre nas hipóteses de erro.

4.2.4 Domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder

Esse domínio é considerado um dos principais temas do debate acerca da teoria jurídico-penal da autoria. Desenvolvido pela primeira vez por Claus Roxin, baseia-se na tese de que em uma organização delitativa os homens de trás ordenam

¹⁹⁹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 256.

²⁰⁰GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: *Autoria como domínio do fato-estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. GRECO, Luís ... [et alii]. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 27.

fatos ilícitos a sujeitos subordinados, de modo que aqueles podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis.

No ano de 1994 a teoria foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal alemão, quando um membro do antigo governo da Alemanha oriental foi condenado como autor mediato de homicídio doloso, por ter dado ordens aos soldados do governo de atirar nos sujeitos que quisessem fugir ultrapassando a fronteira do Estado alemão oriental. Da mesma forma, os soldados, executores diretos foram também condenados pelo mesmo crime. Essa decisão serviu de precedente para basear outras decisões na Alemanha. Posteriormente, na década de 80, a figura do domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder foi aplicada no julgamento da Junta Geral Argentina²⁰¹.

O fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade, em tais casos, reside na fungibilidade do executor. A estrutura dessa forma de domínio vê sua relação com as outras formas básicas de domínio da vontade pode até ser antecipado, realizando uma abstração nos tipos de ideais a partir da pluralidade dos eventos reais²⁰².

De acordo com Roxinsão quatro os fatores sobre os quais se pode atribuir o domínio do fato ao homem de trás.

1. Poder de mando: é essencial, para caracterização da autoria mediata – nessa figura jurídica –, quem tem um poder de mando, sobre seus subordinados, no seio de uma organização e o exerce para produzir ações criminosas. Por isso muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando, em virtude do modo de distribuição de funções na organização²⁰³.
2. A desvinculação do direito pelo aparato de poder: a organização estruturada pelo poder de mando tem que ser, essencialmente, dissociada do direito, ou seja, deve ser uma organização baseada em atividades ilícitas. Entretanto, o aparato de poder não precisa ser totalmente desvinculado do

²⁰¹ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

²⁰²ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 270 e seguintes.

²⁰³ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

direito em todos os aspectos, mas essencialmente quanto à lei penal. Assim, “a desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder constitui um pressuposto necessário para o domínio do fato do homem de trás”²⁰⁴.

3. A fungibilidade do executor direto: o executor direto do fato ilícito deve ser alguém com a possibilidade de substituição, ou seja, alguém fungível, que possa ser trocado por outro sem prejuízo da execução do fato. Esse requisito para Roxin sempre foi essencial para a caracterização dessa forma de domínio²⁰⁵.
4. A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato: o executor direto do fato em um aparato organizado de poder não pode ser considerado como o mesmo autor direto de um fato isolado. Isso porque o sujeito fungível, que age diretamente no fato, está mais “disposto” ao fato, sofre mais as influências de seu comandante do que aquele que age livremente – o que, todavia, como já dito, não exclui sua responsabilidade. Essa influência sobre o executor pode ser vista de diversas maneiras, como por exemplo pelo deslumbramento e ambição de quem está dentro dessas espécies de organizações (alheias ao Direito), assim como pelo pensamento acerca da fungibilidade dos membros, pois é sabido que se um executor não realizar a ordem, outro realizará.

Esses são, pois, os requisitos para a caracterização dessa forma de domínio, denotando a figura jurídica do autor por trás de um autor. Destaca-se, novamente, que essa possibilidade de autoria medita não exclui a reprovabilidade do fato exercido pelo autor direto, o qual, por ser um sujeito responsável, responde pelos seus atos.

4.3 DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATO

As análises acerca de domínio da ação e da vontade até agora não esgotaram o âmbito possível da autoria. Existem, pois, várias formas de intervenção, que

²⁰⁴ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 3, p. 81, 2009.

²⁰⁵ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 3, p. 81, 2009.

podem ser realizadas por uma ou mais pessoas, sem ou com comunhão de acordo, variando, neste, os níveis de cooperação no delito.

Nos casos em que haja uma cooperação dos sujeitos, mediante uma divisão de tarefas, diz-se existir coautoria. A cooperação, nesta hipótese, pode formar um elemento decisivo da relação do delito: por exemplo um detém a vítima, enquanto outro dá a punhalada mortal, ou um ameaça o morador com uma pistola e o cúmplice “rouba” a habitação. Ou a cooperação pode ser insignificante, consistindo em um mero entregar algo ou aconselhar, concomitantemente ao fato²⁰⁶.

A peculiaridade da coautoria está, então, precisamente em que cada indivíduo domina o acontecer global em cooperação com os demais. Constitui, assim, coautoria o fato de o domínio completo residir nas mãos de vários, de maneira que estes só podem agir conjuntamente, tendo assim cada um deles em suas mãos o destino do fato global, cada interventor é coautor do todo, tendo, cada um, o domínio funcional do fato.

É imprescindível para a coautoria que na divisão de tarefas, cada uma seja essencial para o resultado pretendido, não sendo suficiente, para essa caracterização, que os coautores hajam imbuídos pela vontade geral de todos, como afirma de Welzel, quem aduz que cada coautor executa seus atos não somente pela sua própria vontade, mas também pela dos demais. Isso porque, como ressalta Roxin, cada coautor realmente age pela vontade dos outros, visto que estão em comunhão de acordos, pois na participação os partícipes agem, por certo, pela vontade dos outros, mas não possuem o domínio funcional do fato. Logo, o elemento subjetivo não é suficiente – embora exista – para a caracterização da coautoria²⁰⁷.

O termo “funcional” vem exatamente por esta forma de domínio se relacionar com as funções exercidas pelos coautores. Nas palavras de Roxin:

Assim, se alguém tivesse que expressar com um lema a essência da coautoria como refletido nessas considerações, caberia falar no domínio do fato “funcional”, isto é, determinado pela atividade, em tanto que o domínio conjunto do indivíduo resulta aqui de sua função no âmbito do plano global. Está é uma forma absolutamente autônoma de domínio do fato, junto ao domínio da ação, que é baseado no caráter central da realização do tipo

²⁰⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 308.

²⁰⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 308.

isoladamente considerado, e junto ao domínio da vontade, que se deriva na falta de liberdade, na cegueira ou fungibilidade do instrumento.²⁰⁸

Já se sabe então, que será considerado coautor o interveniente cuja contribuição na fase executiva represente um requisito indispensável para a realização do resultado pretendido.

Roxin ressalta que não é necessário que o coautor realize diretamente o fato (colocar as “mãos no trabalho”) ou que esteja presente no lugar do fato²⁰⁹. Porém, para haver coautoria, a contribuição realizada deve corresponder a função essencial para fato, sem o qual o resultado não teria acontecido, visto que cada coautor é um autor do fato lesivo.

Outrossim, importante destacar que, para haver coautoria, a divisão de trabalhos não pode se restringir a fase preparatória do delito, ainda que os atos dessa fase sejam importantes. É preciso, pois, que tal comunhão de trabalhos se realize na fase executiva, pois “planejar e preparar não é realizar o fato pelo qual se será castigado”²¹⁰.

Os atos preparatórios não ensejam em um domínio do fato, não havendo uma ligação direta. Somente é possível dominar o fato em concreto, não em hipóteses de ocorrência do fato, afinal só é possível dominar algo que exista no plano real.

Ainda que algum ato preparatório tenha sido confabulado em divisão de tarefas e seja, em princípio, relevante para o acontecer típico, não há estipulação legal que diferencie atos preparatórios importantes e sem importância, nem no Brasil e nem na Alemanha. Neste país, Roxin apenas ressalta que há uma teoria denominada de teoria da necessidade, que buscou trazer essa diferenciação, porém sem sucesso, segundo o professor alemão²¹¹. Considerar a coautoria nos atos preparatórios é, então, violar a legalidade.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 308.

²⁰⁹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 330.

²¹⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 330.

²¹¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 331 e seguintes

Por isso, para a configuração dessa modalidade de domínio é de suma importância delimitar os acordos e as divisões de trabalhos que podem ser feitos na fase prepatória e na fase executiva, já que apenas esta assume relevância para fins de censura penal.

4.4 A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE AS TEORIAS DA AUTORIA: NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DAS TEORIAS ROXINIANAS

Sabe-se, então, que existem diversas teorias versando sobre a temática da autoria. Já se delineou, também, as diversas formas de intervenção delitiva, de acordo com Roxin. Neste momento, portanto, é possível identificar como a jurisprudência vem trabalhando a temática da autoria, para que, então, seja possível vislumbrar um possível diálogo com a doutrina. Antecipa-se que esse diálogo entre a utilização da doutrina pela jurisprudência é mais facilmente identificado, ainda que com falhas sobre sua utilização, pela tão mencionada teoria do domínio do fato que obteve maior atenção dos penalistas e dos Tribunais brasileiros com a menção no contexto do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal nº 470/MG – o chamado “caso mensalão”²¹². Sucintamente, o contexto fático da demanda consistia na compra de apoio político de parlamentares por meio do pagamento de propinas (‘mesadas’), de modo a conduzirem as votações no Congresso Nacional em favor do Governo Federal.

Aludida teoria, basicamente, fora utilizada por Ministros da Suprema Corte para fundamentar a responsabilidade penal de sujeitos com posição de destaque nas estruturas organizacionais. É certo, contudo, que referido caso paradigmático já fora objeto de ampla análise e crítica pela doutrina, notadamente em relação à interpretação errônea e à visão deturpada da teoria do domínio do fato.

Repisem-se, nesse ponto, as lições de Greco e Leite²¹³, os quais aduzem, em síntese, que os conceitos utilizados sobre a teoria do domínio do fato, no julgamento

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470-MG**, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 17 de dezembro de 2012.

²¹³“b) As ideias de domínio do fato e de domínio da organização, no sentido em que foram utilizadas na decisão, têm, assim, de significar algo diverso, que não o critério distintivo entre autoria e participação. A leitura da decisão confirma essa suspeita, e por várias razões.

aa) Em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e do domínio da organização tiveram na decisão uma função fundamentadora de punibilidade (...).bb) Em segundo lugar, há fundadas dúvidas sobre se alguns Ministros do STF, nos momentos em que se referem aos conceitos de domínio do fato e domínio da organização, de fato compreenderam o sentido e o alcance desses conceitos (...).cc) Em

do caso, não são em excelência os desenvolvidos pela ciência penal, resultando em análises não advindas da teoria do domínio do fato²¹⁴.

Nesse mesmo contexto, são os ensinamentos de Alflen, quem afirma que o Supremo Tribunal criou uma “anomalia” ao utilizar teorias que não conversam entre si, sob o fundo de que se estaria aplicando a teoria do domínio do fato. Acrescenta o crítico que o objetivo da Corte Suprema foi, na verdade, aplicar a teoria para fins de responsabilização, o que, por certo, vai de encontro aos fundamentos da teoria do domínio do fato (distinguir autoria de participação)²¹⁵.

É certo que a doutrina já se encarregou do papel de analisar criticamente a aplicação de algumas teorias sobre autoria, precisamente o domínio do fato, no caso do Mensalão. O objetivo deste trabalho não é fazer o mesmo, tampouco esmiuçar decisões judiciais. Focar-se-á, portanto, em elucidar casos concretos em que teorias sobre autoria já foram aplicadas pelos Tribunais brasileiros e, posteriormente, criar uma situação hipotética de crimes complexos contra a Administração Pública.

Identifica-se que a jurisprudência utiliza (ou) em alguns casos bases teóricas sobre a temática da autoria. Sintetiza-se alguns dos julgados²¹⁶:

terceiro lugar, faltou na decisão um qualquer esforço em subsumir as circunstâncias do caso concreto aos pressupostos de incidência do domínio da organização (...)c) Com o que foi dito já se evidencia o que o domínio do fato e o domínio da organização, na concepção de alguns Ministros do STF, não é. Domínio do fato, na decisão do Caso Mensalão, não é aquilo que se entende sob esses termos na Alemanha. (...)d) Resumidamente: “domínio do fato” no sentido da decisão do STF significa punição como autor de um delito comissivo doloso, sem ação ou omissão concretas e com base em um “dever saber”. Ocupar uma posição de liderança ou de destaque em uma organização no interior da qual se cometem fatos puníveis é razão suficiente para imputar esses fatos aos sujeitos em posição de comando. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 7-8/2015, ps. 386-393.

²¹⁴Este trabalho foi publicado também no livro Greco/Leite/Teixeira/ Assis, *Autoria como domínio do fato*, Marcial Pons, São Paulo/Madrid/Buenos Aires, 2014, p. 123 e ss.)

²¹⁵“(…) Por ocasião do julgamento da referida Ação Penal, na tentativa (e no afã) de proceder à delimitação da autoria dos acusados, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma anomalia, a qual intitulou de teoria do domínio do fato. De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. De maneira surpreendente, a Corte tentou, inclusive, proceder a um retrospecto histórico sintético da teoria do domínio do fato, sem sequer chegar ao seu conteúdo (o qual, no entanto, deveria ter sido o principal aspecto a ser discutido). Na decisão restou de forma clara que a “teoria” foi utilizada como simples retórica para fins de atribuição de responsabilidade, em flagrante violação ao art. 93,IX da Constituição Federal (...)”. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 6/2014, ps. 274-284.

²¹⁶ Algumas decisões fazem apenas menção à teoria do domínio do fato, mas não a utilizam unicamente para embasar a autoria, como por exemplo: Apelação Criminal nº 5006748-23.2015.4.04.7005/PR, Relator Des. Federal Víctor Luiz dos Santos Laus, julg, em 03 de agosto de 2016 - Crime de Tráfico

4.4.1 Delitos comuns:

- a) O crime imputado fora de descaminho (artigo 334, caput, CP, em redação anterior à Lei 13.008/2014), na modalidade de coautoria sob o fundamento da divisão de trabalho, visto que o acusado teria viabilizado transporte e documentação para entrada de mercadorias no país. Ainda, o acusado teria gerido “a atividade criminosa durante a chegada das cargas nos postos de fiscalização da Receita Estadual”, possuindo, por isso, domínio do fato visto que tinha o poder de decidir “sobre sua consumação ou sua modificação no curso da cadeia delitiva”. O Tribunal (TRF 4ª Região) concluiu que “autor é não só aquele que pratica as condutas descritas nos verbos-núcleos dos tipos penais cominados, mas principalmente quem tem o domínio dos fatos criminosos a si imputados (Teoria do Domínio do Fato)”²¹⁷.
- b) O crime imputado fora de sonegação de contribuição previdenciária, cuja acusação fora atribuída em face do sócio-gerente da empresa, pois, segundo o voto, em decorrência do cargo, tivera ele o poder de mando na empresa, tanto formalmente instituído pelo estatuto, como faticamente. O TRF 4ª região entendeu que, em aludido crime, o sujeito ativo é, em regra, o administrador da empresa, o qual detém o domínio sobre a prática delituosa²¹⁸.

internacional drogas: “Nada obstante não tenham os acusados realizado pessoalmente a transposição da fronteira, detinham o domínio do fato, uma vez que restou comprovado terem sido responsáveis pela importação”

²¹⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 0005671-89.2005.404.7110/RS**, Relator Des. Federal Márcio Antonio Rocha, j. 03 de março de 2015.

Parte da ementa: “(...) 33. A coautoria fundamenta-se no princípio da divisão de trabalho, em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica. Outrossim, autor é não só aquele que pratica as condutas descritas nos verbos-núcleos dos tipos penais cominados, mas principalmente quem tem o domínio dos fatos criminosos a si imputados (Teoria do Domínio do Fato). Portanto, mesmo que o apelante não tenha, ele mesmo, introduzido quaisquer mercadorias, o fato de ter viabilizado o transporte e a documentação para sua entrada e, além disso, ter dirigido a atividade criminosa durante a chegada das cargas nos postos de fiscalização da Receita Estadual, demonstra que foi autor do descaminho”.

²¹⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5000214-57.2015.4.04.7201/SC**, Relator Des. Federal João Pedro Gebran Neto, j. 25 de janeiro de 2017.

“A teoria do domínio do fato, aplicável aos crimes contra a ordem tributária, não implica presunção de autoria ou de culpabilidade, mas a concepção de que é autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material. Confira-se ainda o ensinamento de Delmanto, orientado pelas lições de Claus Roxin: (...)”

- c) O sujeito teve sua autoria configurada no crime de roubo, na modalidade de coautoria, por ter “contribuído ativamente para a prática delituosa, inclusive, teria repassado a arma para seu comparsa”. O relator aduz que se baseou na teoria do domínio do fato e alude que, de acordo com a teoria, para a coautoria é necessário um vínculo subjetivo entre os autores, praticando cada um deles “uma conduta relevante voltada para o resultado comum”²¹⁹.
- d) O crime imputado também fora de roubo, mas neste o relator se utiliza da teoria do domínio sob o viés, por ele entendido, como domínio organizacional da ação típica, assim como o domínio da vontade (sobre menores que efetivamente fizeram a subtração), visto que o acusado “além do incentivo moral, forneceu as armas para a prática do delito de roubo, assim, assumiu o risco de produzir o resultado morte”.²²⁰

Parte da ementa: “3. O sujeito ativo do crime de sonegação de contribuição previdenciária cometido no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa”.

No mesmo sentido é o voto na Apelação Criminal nº **5012255-56.2015.4.04.7201/SC**, Relator Márcio Antonio Rocha, j. 19 de setembro de 2017, do mesmo Tribunal, cuja ementa é a seguinte:

“PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. DOLO GENÉRICO. AUTORIA. DOMÍNIO DO FATO. PODER DE DECISÃO.

1. Em relação ao elemento subjetivo do art. 337-A do Código Penal, se exige apenas o dolo genérico, não sendo de indagar-se acerca de um especial estado de ânimo voltado para a sonegação.

2. O responsável pela empresa responde pelos crimes contra a ordem tributária da pessoa jurídica, quando demonstrado que detinha o domínio dos fatos e o poder de decisão sobre a administração da empresa”.

²¹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo 1353191-0 (Acórdão)**, Relator Des. Ruy Alves Henriques Filho, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral, j. em 21 de julho de 2016.

Parte do voto: “(...) Como é sabido o mero partícipe é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica. Esse, porém, não é o caso do processo em exame, já que o apenado contribuiu ativamente para a prática delituosa, inclusive, teria repassado a arma para seu comparsa. A atuação dos agentes (o requerente e seu comparsa) como coautores do roubo explica-se pela chamada “**teoria do domínio do fato** (...). Para a configuração da coautoria é necessário que haja união de uma pessoa a outra para a execução de um crime, de modo que, havendo um vínculo subjetivo entre os agentes, cada um deles pratique uma conduta relevante voltada para o resultado comum. Pode haver, e normalmente há, divisão de trabalho, justamente como ocorreu no caso em análise. Então, não houve participação de menor importância, mas, ao contrário, comprovou-se a efetiva coautoria do fato pelo ora requerente, de modo que não se aplica ao caso a regra do artigo 29, §1º, do Código Penal.”

²²⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo 1424495-0 (Acórdão)**, Relator Ruy Alves Henriques Filho, 5ª Câmara Criminal, j. em 18 de agosto de 2016.

Voto: “Portanto, incide sobre o presente caso, a teoria do domínio do fato, a qual, de acordo com o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt ‘autor é aquele que:

“(...) tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata)’. (...)”

Desta forma, não há que se cogitar em incertezas quanto a participação efetiva de C. C. T., pois como já demonstrado, a acusada teve o **domínio organizacional da ação típica**, bem como o domínio da

- e) O sujeito foi condenado pela prática do crime de receptação, porque estaria utilizando um veículo receptado para venda de drogas. Segundo o relator, para a teoria do domínio do fato “autor não só aquele que pratica a figura típica, mas também aquele que tem o poder de decisão sobre a conduta delituosa”, devendo ter poder de decisão sobre a prática ilícita, ainda que pratique parte do plano do crime²²¹.
- f) Ao sócio administrador de uma empresa, foi-lhe imputado um crime contra a ordem tributária (sonegação), pois teria ele a obrigação de gerenciar os débitos perante o fisco. Todavia, teria se aproveitado da “conveniência e oportunidade proporcionada por sua função, objetivando criminoso enriquecimento mediante a redução da carga tributária incidente sobre a empresa, livre e conscientemente, aderindo à vontade delituosa do outro (domínio do fato) agindo mediante fraude, (...) deixando de apurar, declarar e recolher os valores do imposto devido, causando prejuízos à Fazenda Pública do Paraná”.²²²

vontade dos menores, pois além do incentivo moral, forneceu as armas para a prática do delito de roubo, assim, assumiu o risco de produzir o resultado morte”.

²²¹Processo 1595733-2 (Acórdão), Relator Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 5ª Câmara Criminal, julg. em 22-06-2017.

Parte do voto: “Em sendo assim, restou cabalmente comprovado pelas provas coligidas aos autos que todos os denunciados estavam em conluio no transporte da droga. A partir das circunstâncias em que se deram o crime, é indubitável que o réu, bem como os demais acusados, devem responder pelo crime receptação (...)

Escora-se a **Teoria do Domínio do Fato**, de que é autor não só aquele que pratica a figura típica, mas também aquele que tem o poder de decisão sobre a conduta delituosa (...)

Portanto, para que o agente seja classificado como autor do fato é preciso que tenha poder de decisão sobre a realização do injusto, mesmo que pratique somente parte do ‘plano global’ da ação criminosa. In casu, muito embora o apelante não tenha sido preso na posse do veículo receptado, estava se utilizando do mesmo para lograr êxito em traficar o entorpecente.

É cediço que a prova da ciência da ilicitude do objeto no crime de receptação própria é de difícil verificação, devendo o magistrado analisar todas as provas que foram trazidas aos autos, atentando-se para as circunstâncias nas quais o fato ocorreu”.

²²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em HC 60077/PR**, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 09 e agosto de 2016.

Ementa: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. MERO INCONFORMISMO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE DESCREVE A CONDUTA DO RECORRENTE. DEMAIS TESES SUSCITADAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.

(...) 2. (...) 3. Bem delineou a inicial que o recorrente como um dos sócios e administradores da empresa, obrigado, assim, ao gerenciamento e cumprimento das obrigações perante o fisco, aproveitando-se da conveniência e oportunidade proporcionada por sua função, objetivando criminoso enriquecimento mediante a redução da carga tributária incidente sobre a empresa, livre e conscientemente, aderindo à vontade delituosa do outro (**domínio do fato**) agindo mediante fraude, omitiu a correta escrituração fiscal nos livros obrigatórios, na conta gráfica nos arquivos magnéticos e nas declarações GIA's do ICMS, deixando de apurar, declarar e recolher os valores do imposto devido, causando prejuízos à Fazenda Pública do Paraná. 4. Tem esta Turma entendido que, não sendo o caso de pessoa jurídica

g) O sujeito teve o trancamento da ação penal contra ele imputada pela suposta prática de crime de evasão de divisas. O argumento do relator foi no sentido de conceder a ordem de habeas corpus, visto que a acusação penal recaía sobre o sujeito em razão, basicamente, dele ser presidente da empresa (onde o crime teria ocorrido), sem indicação da conduta supostamente praticado pelo acusado. Entendeu o relator que a teoria do domínio do fato somente poderia ser base para uma responsabilização caso a denúncia “apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados”, não bastando a mera indicação de que o acusado possuía uma posição superior dentro da empresa²²³.

que conta com diversos sócios, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica onde as decisões são unificadas no gestor, vindo o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexos causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal e por culpa subjetiva de seu gestor. 5. Sendo o recorrente e outro codenunciado efetivos sócios e administradores da empresa à época dos fatos, e os únicos com domicílio no país, é possível se admitir o nexos causal entre o crime perpetrado e a responsabilidade pessoal do sócio-administrador, ainda mais no caso em tela, em que a conduta delituosa encontra-se devidamente detalhada na inicial acusatória, garantindo-lhe o direito de defesa. 6. Como bem consignado pelo Tribunal a quo " (...) A verificação ou não se o paciente era sócio e administrador da empresa FUJIWARA somente poderão ser devidamente apreciados no decorrer da instrução probatória." 7. Recurso em habeas corpus improvido".

²²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.397/BA**, Relator Min. Dias Toffoli, j. em 06 de dezembro 2016.

Ementa: "HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22 DA LEI Nº 7.492/86). TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. IMPUTAÇÃO DERIVADA DA MERA CONDIÇÃO DE O PACIENTE SER DIRETOR- PRESIDENTE DAS EMPRESAS. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DOS FATOS. DENÚNCIA QUE INDIVIDUALIZOU AS CONDUTAS DE CORRÉUS. POSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE RESPONSABILIDADES DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INVOCAÇÃO NA DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. EXIGÊNCIA, CONTUDO, DA DESCRIÇÃO DE INDÍCIOS CONVERGENTES NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE NÃO SOMENTE TERIA CONHECIMENTO DA PRÁTICA DO CRIME COMO TAMBÉM TERIA DIRIGIDO FINALISTICAMENTE A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES. VIOLAÇÃO DA REGRA DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO PACIENTE. (...) 5. A denúncia, embora tenha narrado em que consistiu a evasão de divisas, se limitou a imputar ao paciente o concurso para o crime em razão de ser, à época dos fatos, diretor-presidente das empresas, cargo que lhe conferiria "o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas". Ainda de acordo com a denúncia, "não é crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas, que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo". 6. Nesse contexto, a denúncia, em relação ao paciente, não contém o mínimo narrativo exigido pelo art. 41 do Código de Processo Penal. (...) 10. Na espécie, a denúncia, ao atribuir fatos específicos ao diretor financeiro das empresas e a seu subordinado, individualizou condutas, razão por que não poderia se limitar a imputar o concurso do seu diretor-presidente para o crime de evasão de divisas em razão tão somente de seu suposto poder de mando e decisão, sem indicar qual teria sido sua contribuição concreta para tanto. 11. **A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a denúncia apontasse indícios convergentes no sentido**

h) Em um dos processos relacionados à “Operação Lava Jato”, o Ministério Público Federal acusou alguns diretores de uma empresa que possuíam eles um domínio do fato sobre o crime de corrupção ativa. À alguns dos diretores da empresa privada, imputou-se que teriam eles o domínio do fato na modalidade de autoria mediata²²⁴. O relator do processo em segundo grau baseou-se no conceito de que “autor é quem ‘realiza o tipo’ e em quem concorre todos os elementos da descrição típica; partícipe é quem concorre ou contribui para a consecução da prática delituosa do autor”. Ainda, no que tange a um dos acusados no processo, presidente da empresa, o

de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados. 12. Não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir que tenha ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se que a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente contava com uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas. 13. Exigível, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime. 14. A denúncia contra o paciente, essencialmente, se lastreia na assertiva de que “não [seria] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas [aproximadamente cinco milhões de dólares], que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo”. 15. Nesse ponto, a insuficiência narrativa da denúncia é manifesta, por se amparar numa mera conjectura, numa criação mental da acusação, o que não se admite. Precedente. 16. A deficiência na narrativa da denúncia, no que tange ao paciente, inviabilizou a compreensão da acusação e, conseqüentemente, o exercício da ampla defesa. 17. Ademais, sem uma imputação precisa, haveria violação à regra da correlação entre acusação e sentença. 18. Ordem de habeas corpus concedida para determinar, em relação ao paciente, o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia”.

²²⁴Em sentido semelhante, diversas outras ações penais em aludida operação receberam essa fundamentação (cita-se como exemplo, BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **APCrim Nº 5083401-18.2014.4.04.7000/PR**, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 16 de agosto de 2017). Por uma questão de espaço, optou-se por ilustrar apenas um julgado, mas como é sabido – inclusive pela população em geral – a operação Lava Jato possui diversas fases e incontáveis processos.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 5083401-18.2014.4.04.7000/PR, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 16 de agosto de 2017.

Denúncia: “Por fim, já se relatou anteriormente o papel de direção que **S C M** e **R C O** exerciam no esquema pelo lado da **M J**, sendo aquele o contato direto de **P R** e, em um primeiro momento, de **Y**, o qual, posteriormente, passou a tratar diretamente com o segundo. Assim, como tinham domínio do fato atinente às promessas de vantagens indevidas aos empregados da **P** e respectivos pagamentos, tinham igual domínio sobre a lavagem de tais ativos mediante a celebração de instrumentos e a emissão de notas fiscais falsa. (...) **S C M** e **R C O**, de modo consciente e voluntário, tendo domínio dos fatos e na qualidade de autores mediatos deste crime, também fizeram uso de documentos falsos, no dia 13/10/2014, às 16:51, perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, fraudando a instrução processual”.

Voto: “**3.3.13**. Sustenta a defesa do réu **R** ausência de domínio dos fatos por parte do apelante.

(...) Assim, por mais que referido réu não tivesse agido como domínio do fato, responderia na qualidade de partícipe. Até porque o art. 29 do Código Penal pátrio nem sequer distingue entre autor e partícipe. Apenas refere que todo aquele que concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas. De todo modo, como a ideia reitora da teoria de Roxin é a de que o autor é a figura central do acontecer típico, expressada pelo domínio do fato, não resta a menor dúvida de que o réu Rogério deve responder na qualidade de autor, pois cometeu os crimes por si mesmo ou meio de uma atuação coordenada e em divisão de tarefas com os demais denunciados (coautoria)”.

relator afirmou, em sentido contrário a defesa, que “por mais que referido réu não tivesse agido como domínio do fato, responderia na qualidade de partícipe. Até porque o art. 29 do Código Penal pátrio nem sequer distingue entre autor e partícipe”. E utilizando a ideia roxiniana de que autor é a figura central do acontecer típico, conclui que referido presidente da empresa deve responder na qualidade de autor “pois cometeu os crimes por si mesmo ou meio de uma atuação coordenada e em divisão de tarefas com os demais denunciados (coautoria)”. Em outro processo também da “Operação Lava Jato” o relator entendeu que os diretores das empresas envolvidas nos crimes imputados (contra a ordem econômica) possuíam o domínio do fato, pois representavam as empresas no esquema de cartelização²²⁵.

4.4.2 Delitos especiais:

- a) A acusação se dirigiu a sujeitos particulares e funcionários públicos (do INSS), os quais teriam formado uma quadrilha que falsificava documentos com o objetivo de obterem irregularmente benefícios previdenciários. Para isso, os funcionários públicos teriam contribuído na concessão irregular desses benefícios. Em face das alegadas condutas aos acusados fora imputada a conduta tipificada no art. 313-A do Código Penal, “porquanto este tipo penal acresce especificidades ao delito de estelionato contra a Administração Pública”. O relator ainda ressaltou que os acusados particulares não possuíam a qualidades especiais previstas no art. 313-A CP, entretanto “o particular que o pratica em concurso de agentes responde pelo mesmo crime, aplicando-se a reprimenda conforme a culpabilidade de cada conduta, a teor do disposto no art. 29 do CP”. Ou seja, “é sujeito ativo não apenas o funcionário público, mas também aquele que realiza uma parte necessária à consecução da conduta delitiva, **com domínio do fato típico**”²²⁶.

²²⁵BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus Nº 5010560-05.2016.4.04.0000/PR**, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 01 de junho de 2016.

²²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1537995 / PE**, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. em 01 de dezembro de 2016.

- b) O delito em questão imputado fora o previsto no artigo 318 do Código Penal. Os sujeitos acusados eram funcionários públicos que, supostamente, teriam facilitado o crime de descaminho. Entendeu o relator dos autos que não houveram provas que comprovassem que referidos funcionários teriam infringido seus deveres funcionais, razão pela qual foram absolvidos²²⁷.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. OFENSA. DISPOSITIVO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VIA INADEQUADA. ACÓRDÃO RECORRIDO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROVAS. SUFICIÊNCIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOCUMENTOS JUNTADOS APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. INTIMAÇÃO. IRREGULARIDADE. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. VERIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APOSENTADORIA DO MAGISTRADO QUE CONDUZIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCEPCIONALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ERRO DE TIPO. ANÁLISE. DESCABIMENTO. MATÉRIA PROBATÓRIA. ELEMENTARES DE NATUREZA PESSOAL. COMUNICAÇÃO AOS COAUTORES. CONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. VERIFICAÇÃO. NATUREZA FÁTICA. ART. 313-A DO CP. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO. AUMENTO. NÚMERO DE FRAÇÕES. CRITÉRIO CORRETO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. UTILIZAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 545/STJ. ART. 288 DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

9. As instâncias ordinárias afirmaram que os recorrentes possuíam **domínio do fato típico**, tinham ciência de toda a atividade criminoso e praticaram atos necessários para a concretização dos delitos. Nesse contexto, pelo concurso de agentes, a elementar de funcionário autorizado, prevista no art. 313-A do Código Penal, comunica-se aos recorrentes, na forma dos arts. 29 e 30 do mesmo Estatuto.

10. A análise da tese de que os recorrentes não teriam conhecimento da atuação de servidores públicos na prática delituosa – o que foi afastado pelas instâncias ordinárias –, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

11. As instâncias ordinárias, a partir da análise do conjunto probatório, afastaram a tese de erro de tipo e concluíram que a recorrente S G do N tinha conhecimento dos fatos que constituíam as elementares dos crimes praticados, tendo para eles contribuído dolosamente. Para concluir de maneira diversa, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial (Súmula 7/STJ). (...)

14. O fato de o agravante C R R de L, valendo-se da sua condição de servidor do INSS, ter inserido dados extraídos a partir de documentos que sabia serem falsos (ou mesmo inexistentes), ter modificado dados para encobrir a fraude, realizando tudo com o fim de obter vantagem indevida, constitui exatamente apenas o preenchimento dos elementares para que seja configurado o crime do art. 313-A do Código Penal. Não autoriza, portanto, o desvalor atribuído à culpabilidade. Extensão dos efeitos aos agravantes J M M e E S S (art. 580 do Código de Processo Penal). (...)

²²⁷PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CP. FACILITAÇÃO AO CONTRABANDO OU DESCAMINHO. ART. 318 DO CP. QUADRILHA OU BANDO. ART. 288 DO CP. PROCESSO. NULIDADE. LITISPENDÊNCIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. CP, ART. 13. INFRAÇÃO A DEVER FUNCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ART. 386 DO CPP. FUNDAMENTOS LEGAIS. 1. (...). 3. Para configurar o tipo penal do art. 318 do CP, é imprescindível a prova da infração a dever funcional por parte daquele que tem, por lei, o encargo de reprimir ou fiscalizar o contrabando ou cobrar direitos ou impostos devidos em razão da entrada ou saída de mercadoria no solo pátrio. A mera desídia por parte do servidor público não perfectibiliza o delito. 4. O delito previsto no art. 288 do CP não se confunde com o concurso eventual de agentes. Se não há prova segura de associação preordenada para a prática de crimes, não é possível a condenação pelo delito de quadrilha. 5. A absolvição, com fundamento na hipótese do art. 386, inciso I, do CPP, tem lugar somente quando houver prova indubitável da inexistência do fato descrito na peça incoativa.

- c) Um vice-prefeito de uma cidade, na época dos fatos, teve excluída sua responsabilidade por atos irregulares (ilícitos) de terceiros perante a Prefeitura do Município, em razão de não possuir o domínio do fato, mas apenas ciência que os ilícitos ocorriam, o que não significaria adesão a estas, de acordo com o voto²²⁸.

A primeira conclusão que se extrai dos julgados é que o entendimento dos tribunais acerca da teoria do domínio do fato é diferente entre eles, sendo que, por vezes, a teoria é aplicada como uma espécie de “grife estrangeira” que os julgadores têm utilizado sem aprofundamento, em especial os tribunais de segunda instância.

Além disso, é possível notar uma falta de critério em alguns julgados, principalmente no que tange ao domínio funcional do fato, sendo utilizado indiscriminadamente como uma espécie de domínio da posição, ou seja, uma identificação da autoria em decorrência do cargo hierárquico que um indivíduo possui em uma organização.

Nota-se, também, que alguns julgados dizem aplicar a teoria do domínio do fato, quando na verdade se utilizam de conceitos oriundos de teorias anteriores a esta, como a nítida aplicação da teoria objetiva-material no item b dos delitos comuns, o qual, inclusive, conjuga esta teoria com a subjetiva, algo estranho para a ciência.

Ressalta-se que utilizar a função de um sujeito como administrador, sócio, diretor ou presidente de uma empresa como elemento para caracterizar a autoria, sob o argumento de que teriam eles o domínio do fato por “controlar” os atos que ocorrem na empresa, é repetir os equívocos ocorridos no Mensalão.

Por certo que tais equívocos não são universais. Muitos julgadores, como no caso descrito na letra “g”, consideram que o fato de um sujeito deter uma posição de destaque em uma entidade organizacional não caracteriza, por si só, hipótese de autoria penal.

A ausência de elementos de persuasão aptos a firmar a tese acusatória enseja a absolvição nos termos dos incisos IV ou VI do indigitado preceito legal, casos em que a dúvida se resolve em benefício do acusado. BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Criminal nº46448 SC 2005.04.01.046448-5**, Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 02 de julho de 2008, OITAVA TURMA.

²²⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal Nº 2000.72.01.002867-0/SC**, Relator Des. Federal Víctor Luiz dos Santos Laus, j. 10 de abril de 2013.

Extrai-se do voto: “Salienta-se, contudo, que apenas a ciência acerca da conduta delitiva de outrem não significa adesão a esta, sendo que, no caso dos autos, inexistente comprovação de que o vice-prefeito à época detivesse poder de decisão ou ingerência nesses procedimentos irregulares adotados na Prefeitura de Major Vieira, ou de qualquer indício de que o mesmo possuísse o **domínio do fato** no caso específico dos autos”.

4.5 AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS: NÃO UNIVERSALIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Para Roxin, a teoria do domínio do fato não produz critérios a serem utilizados para qualquer espécie de delito. Como se viu anteriormente, alguns tipos penais descrevem condutas que somente podem ser produzidas por um determinado grupo de pessoas, como no caso dos delitos especiais funcionais praticados contra a Administração Pública.

No capítulo anterior, fora feita uma análise das teorias unitárias, subjetivas e objetivas (formal e material) e a aplicabilidade destas em delitos praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública. Todavia, deixou-se de avaliar esta aplicabilidade pela teoria do domínio do fato. Este hiato foi proposital.

Adotou-se, nesse trabalho, os postulados de Roxin acerca do desenvolvimento da teoria do domínio do fato. Por isso, neste tópico, a análise recairá na possibilidade de se aplicar a teoria do domínio do fato para explicar a autoria nos delitos especiais, especificamente praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública.

Sumariamente já se esclarece que não há essa possibilidade para Roxin. Em síntese, para a apreensão do critério do domínio do fato importa verificar, em concreto, o resultado decorrente da atividade típica, avaliando de que forma ocorreu a intervenção dos sujeitos.

O mesmo não ocorre em determinados grupos de delitos, denominados de infração de dever (teoria que será tratada posteriormente), os quais englobam os delitos especiais. Nesses delitos (de infração de dever), para Roxin “basta qualquer ‘causar’ da índole que seja”²²⁹.

O professor alemão se utiliza de um exemplo para iniciar a explicação sobre a não pertinência da teoria do domínio do fato em alguns grupos de crimes. Veja-se, caso um sujeito comum determine a um instrumento (segundo os requisitos já expostos sobre o domínio da vontade), cuja profissão seja de funcionário público, que torture alguém (§ 343 do Código Penal Alemão²³⁰), terá o mandante o domínio do fato.

²²⁹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 412.

²³⁰§ 343 – Aussageerpressung:(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an

Assim, este poderia responder como autor mediato do delito em questão, utilizando, para isso, a qualificação especial do instrumento (funcionário público)²³¹.

Essa conclusão, todavia, segundo Roxin, parece não ter sido a intenção do legislador, visto que este criou um espaço dedicado exclusivamente a esses sujeitos com qualidades especiais que agem em exercício do cargo, “pressupondo delitos mais ou menos graves”²³² a eles.

Ou seja, de acordo com Roxin, para a ocorrência do delito especial, não importa, essencialmente, a apreensão externa da conduta. O crime já se subsume pela violação de um dever emanado pela norma, independentemente se havia um domínio do fato ou não.

Portanto, desde já, salienta-se que, diferentemente de alguns equívocos técnicos feitos por alguns aplicadores e/ou estudiosos do Direito Penal, a teoria do domínio do fato não se aplica a todos os delitos, não tendo, pois, pretensões de universalidade²³³.

Desse modo, por respeito aos estudos aqui expostos, deixa-se de tentar avaliar a autoria nos delitos especiais pelo critério do domínio, posto que até este momento filiou-se ao desenvolvimento das teorias roxinianas.

Mas, antecipa-se que, posteriormente, essa análise da autoria nos delitos especiais será evidenciada/estudada pelo critério do domínio, porém sob o viés defendido por Bernd Schunemann. A exposição dessas teorias será mais facilmente compreendida após a aplicabilidade destas em um caso hipotético que agregue a complexidade dos crimes especiais cometidos por funcionários públicos.

1. einem Strafverfahren, einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung,
2. einem Bußgeldverfahren oder,
3. einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

²³¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 383-384

²³² ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 384.

²³³ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Luís Greco... et alii (org). São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 31.

4.5.1 Caso hipotético

Os julgados anteriormente analisados servem para elucidar como os tribunais tratam a temática da autoria. Isso por certo não está nem perto de esgotar a problemática da questão. Diante disso, mister se faz agora criar uma situação hipotética que traga de forma mais próxima o imbróglio sobre a caracterização da autoria penal, precisamente no que tange à complexidade dos delitos especiais contra a Administração Pública. Ressalta-se que a criação desse caso hipotético servirá de ferramenta para a aplicabilidade de teorias que versam sobre a autoria nos delitos especiais, cuja análise será feita após a exposição doutrinal dessas teorias. É preciso que, nesse momento, já se compreenda a situação hipotética.

Suponha-se um quadro de crimes cometidos contra a Administração Pública. Nessa suposição, dois funcionários públicos realizam ações com a finalidade de favorecer contratos de licitação perante empresas privadas, as quais, em contrapartida ao benefício decorrente das ações dos funcionários públicos, pagavam, através de seus sócios, uma parcela (propina) dos valores advindos do contrato de licitação vencedor.

Para que o esquema funcionasse, os funcionários públicos realizavam outras ações ilícitas, desviando valores públicos dos quais tinham acesso e inserindo dados falsos nos sistemas informatizados do órgão público.

Após as investigações, imagine-se que aludidos funcionários públicos tenham sido acusados de terem praticado o crime de corrupção passiva, peculato e inserção de dados falsos em sistemas de informação (arts. 317, 312 e 313-A do Código Penal Brasileiro) em decorrência do recebimento de vantagem indevida, desvio de verbas e inserção de dados falsos no sistema de dados da Administração Pública.

Dentro dessa situação hipotética padrão, dois quadros podem ser examinados: (1) os dois funcionários públicos agiram conjuntamente em todos os atos e, por isso, foram acusados; (2) um dos funcionários públicos (FBa) tenha sido acusado, de todos os crimes em questão, apenas por exercer uma função de alto escalão dentro da entidade pública, ao passo que o outro funcionário público (FBb) foi acusado por ele mesmo ter realizado os atos ilícitos.

Diante dos quadros complexos desenhados, a análise probatória fica, supostamente, prejudicada, o que não é difícil de acontecer em casos reais de criminalidade organizada. As situações ilustradas seguem orientações diferenciadas

em razão dos critérios que possam ser seguidos a fim de identificar o sujeito qualificado, cujo imbróglio é alheio, inclusive, a valoração probatória. Isso porque as teorias sobre a autoria não possuem o escopo de fundamentarem a análise das provas, podem, por certo, refletirem nela²³⁴.

O exame da autoria, em casos como os presentes, passa por uma série de teorias e debates doutrinários. Por isso é importante se fazer, previamente, um estudo sobre bases e discussões teóricas, para que, posteriormente, seja possível traçar uma possível resposta sobre o caso hipotético.

²³⁴ LEITE, Alor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014

5 AUTORIA NOS DELITOS ESPECIAIS

Sabe-se já que nos delitos especiais há um círculo restrito de sujeitos que podem ser considerados autores, diante da própria natureza do delito. Algumas teorias se dedicaram em justificar a autoria nessa espécie de delitos. Assim, a partir de agora, duas teorias serão analisadas, quais sejam: teoria da infração de dever e teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, para que, então, seja possível compreender a aplicabilidade destas especificamente no que tange aos delitos especiais cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública.

5.1 INFRAÇÃO DE DEVER

5.1.1 Em Roxin

Precursor da teoria da infração de deveres, Roxin a desenvolveu em 1963 na obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (traduzida para o espanhol como *Autoría y dominio del hecho*). Como referência geral à caracterização da autoria penal, aqui também autor é a figura central do acontecer típico.

A razão do desenvolvimento dessa teoria, como dito, é que alguns delitos não obedecem ao critério do domínio, seja porque é insuficiente, seja porque é incompatível. Engloba-se no grupo dos delitos de infração de deveres os delitos culposos²³⁵, os delitos especiais, os delitos de omissão e delitos de mão própria²³⁶, para quais, para Roxin, o critério do domínio é insuficiente ou incompatível. Nesses delitos, o elemento decisivo para se definir a autoria se configura na infração de um dever específico, o qual não se aplica, obrigatoriamente, a todos os sujeitos envolvidos no cometimento do delito. O descumprimento desse dever é o elemento fundamental para a realização desse tipo penal.

²³⁵ Em edições seguintes de sua obra, Roxin (2000) faz uma mudança. Os delitos culposos não estão mais incluídos no rol dos delitos de infração de dever, posto que não há um dever específico no sujeito que age culposamente, mas sim uma inobservância de um dever geral que incumbe a todo indivíduo. Ver mais em ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Trad. J. Cuello Contreras e J. Serrano Gonzáles de Murillo. 7 ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 742 e seguintes.

²³⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998. P. 74 e seguintes.

Para essas espécies de delito, além do dever geral previsto pela norma, há um dever específico para determinadas pessoas, como, por exemplo, no caso dos funcionários públicos.

Ressalta-se que o determinante para a autoria não é a sua condição ou sua qualificação especial (de funcionário público, por exemplo), mas sim um dever específico derivado do ordenamento jurídico. Nas palavras de Roxin: “em todos os casos o critério determinante para a autoria reside em uma infração de dever, cuja natureza ainda necessita de maiores esclarecimentos”²³⁷.

Esse dever específico é critério essencial para a realização do tipo penal. São deveres que existem antes da criação do tipo, por isso Roxin ressaltou em sua tese inaugural “deveres extrapenais”, que derivam, então, de outros ramos jurídicos.

Em edições posteriores de sua obra, Roxin assevera que o caráter extrapenal dos deveres que possui índole também penal, visto que no momento que são englobados no delito especial tornam-se parte do tipo penal, de modo que assumem caráter penal, ainda que tais deveres sejam pré-existentes ao tipo penal. Ou seja, os deveres especiais são também penais²³⁸.

Quando Roxin desenvolveu seu estudo sobre a teoria da infração de dever, asseverou que não cabe, para a teoria, a análise aprofundada das teorias dos deveres do Direito Penal²³⁹. Nessa época, o professor alemão não se dedicou em específico na discussão sobre esses deveres, mas deixou claro que estes são “antepostos no plano lógico à norma (penal) e que, por geral, se originam de outros ramos jurídicos”²⁴⁰

Outrossim, quando um funcionário público solicita que um terceiro execute algum crime em seu benefício, o intraneus é autor mediato do crime, enquanto o extraneus é meramente um cúmplice, por não deter as qualidades especiais do tipo. Nota-se, portanto, que para a definição da autoria não se adota o critério do domínio,

²³⁷ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 385.

²³⁸GRECO, Luís; LEITE, Alair. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: Autoria como domínio do fato-estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luís ... [et alii]. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32 nota de rodapé 64.

²³⁹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 385.

²⁴⁰ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P.385.

posto que se assim fosse o extraneus poderia ser autor do crime. Esta seria, pois, a resolução da problemática acerca do instrumento doloso não qualificado.

Ainda, a coautoria, nesses determinados crimes, possui uma estrutura diferente dos outros delitos. Importa, aqui, “a determinação do resultado por quebra conjunta de um dever comum”²⁴¹. Assim, somente se pode falar em coautoria nesses delitos quando várias pessoas se encontram sujeitas a um mesmo dever, ou seja, quando ambos são funcionários públicos e realizam juntos um delito em decorrência da função que possuem, por exemplo.

Roxin exemplifica a coautoria em tais casos no crime de vigilância de presos, em que o dever é confiado aos agentes carcereiros (parágrafo 347 StGB). Logo, se tais agentes, de comum acordo, resolvem violar as funções ou os deveres que lhes são emanados, cooperando com a evasão de presos, por exemplo, agem todos em coautoria²⁴².

A mesma noção inculpada para a coautoria serve para a autoria mediata. Para que se caracterize essa modalidade de autoria, basta que o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação a uma pessoa que não detém o dever especial que fundamenta a autoria²⁴³. O sujeito de trás, ou seja, o que emanou a ordem, não possui o domínio sobre o fato, visto que a execução do delito ficou a cabo do extraneus, do sujeito da frente.

Pariona Arana, seguidor de Roxin, defende a teoria da infração de deveres, afirmando que esta possui a vantagem de conseguir trazer respostas racionais e justas a casos concretos.

Na atualidade, a importância da teoria dos delitos de infração de dever é inabalável, pois ela contribui decisivamente com a administração da justiça, fazendo da determinação e delimitação das formas de intervenção uma tarefa racional e justa. Assim como, coopera com o objetivo de lograr uma dogmática penal que ajude a dar soluções práticas a casos concretos²⁴⁴.

²⁴¹ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 389.

²⁴²ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 389.

²⁴³ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 389.

²⁴⁴PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. **Revista penal**, n. 29, p. 167-177, 2012. P. 170

Todavia, críticas à aludida teoria foram feitas por parte da doutrina.

É possível notar que Roxin deixa em aberto a questão acerca do conteúdo e existência desses deveres extrapenais. Em alguns delitos, esses deveres são fáceis de serem visualizados, em outros, todavia, essa observação não é tão simples. Assim, os delitos são distinguidos entre os que o legislador cria esses deveres em normas extrapenais, de forma que possam ser nitidamente identificados, outros o legislador deixa esses deveres de modo implícito.

Isso metodologicamente tem a vantagem de agrega-los em um grupo de delitos, cujos deveres sejam extrapenais, mas deixa uma lacuna em aberto que pode gerar, inclusive, insegurança jurídica por incumbir ao intérprete a identificação desses deveres quando a norma extrapenal não os deixa de modo claro, sendo esta uma atividade intuitiva²⁴⁵.

Outra crítica que se faz é decorrente da atuação do *intraneus*. Já se deixou claro que nos delitos de infração de dever somente o sujeito qualificado pode ser autor, cabendo ao *extraneus* responder apenas a título de participação. Isso, entretanto, pode ocasionar um alargamento de responsabilização ao *intraneus*.

Explica-se. Segundo os postulados da mencionada teoria – em sua origem –, basta ao *intraneus* a violação de deveres emanados pela norma, os quais se anteveem ao tipo penal. Não se exige, pois, que o *intraneus* tenha o domínio do fato, não importando, ainda, qual tenha sido a contribuição dele na ocorrência do delito²⁴⁶. O fato de que apenas determinadas pessoas possam ser autores do delito, como nos delitos especiais, não deveria significar que a análise externa de suas condutas seja irrelevante²⁴⁷.

Assim, imagine-se a hipótese de um funcionário público que resolva subtrair um bem móvel do qual tinha posse em razão do cargo. Outro funcionário público fica na porta observando a passagem de pessoas, de modo a avisar seu colega funcionário caso alguém decida entrar no local onde a subtração poderá ocorrer. Nesse caso, os dois funcionários infringiram deveres. Entretanto, um contribuiu muito mais com o ato ilícito do que o outro. Ambos seriam autores do crime?

²⁴⁵Gómez Martín, V. **Los delitos especiales**. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2006. p. 142

²⁴⁶A teoria, assim, acaba recaindo em um conceito extensivo de autor. Referido conceito não foi tratado neste trabalho, por uma mera questão de espaço e importância, visto que seu significado nada mais é do que considerar um alargamento da autoria, como ocorre no conceito unitário já tratado.

²⁴⁷Gómez Martín, V. **Los delitos especiales**. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2006

Conforme aduz Gómez Martín, a própria essência da ideia de participação fica excluída na teoria da infração de deveres, afirmando, em crítica a essa consequência, que uma coisa é que somente o intraneus possa ser autor nesses delitos, outra é que toda contribuição deste seja levada para fins de caracterização da autoria²⁴⁸.

Nesse viés, Stratenwerth ressalta que a não aplicabilidade do critério do domínio nos delitos considerados de infração de dever pode ocasionar uma violação ao princípio do “nullum crimen sine lege”, visto que “se está a favor da autoria para qualquer intervenção do intraneus em uma ação que cumpriria o tipo, ainda que seja distante essa intervenção”²⁴⁹

Problemática, também, é a questão dos delitos especiais próprios, ou seja, aqueles delitos especiais que não possuem congruência da conduta ali tipificada com algum outro tipo penal dirigido a qualquer sujeito. Nesse sentido, Siccha afirma que caso um extraneus contribua com o cometimento do delito por parte do intraneus em um delito especial próprio, a conduta do extraneus restaria impune²⁵⁰. Nesses casos, para Sánchez-Vera e Gómez-Trelles, “ou bem não existe uma lesão de deveres de uma instituição positiva e, então, não estamos diante de um delito de infração de dever ou bem existe tal lesão, mas a mesma fundamenta também sempre a punibilidade do obrigado especial”²⁵¹.

Ainda, Bernd Schünemann aduz que a violação de deveres extrapenais produz consequências inicialmente apenas em outros ramos jurídicos, diferentes do âmbito penal. Por isso, defende que a violação desses deveres deva ser de natureza penal.

Schünemann exemplifica seu argumento utilizando um caso de contrato de babá. É certo que independentemente da existência de alguma nulidade no contrato entre essa empregada e os pais da criança, se a babá está cuidando concretamente

²⁴⁸Gómez Martín, V. **Los delitos especiales**. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2006.p. 147.

²⁴⁹ se está en favor de la autoría para cualquier intervención del intraneus en una acción que cumpliría el tipo, aun por distante que sea esa intervención. Em STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**, I: el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005. P. 383-384

²⁵⁰ Siccha se utiliza, nesse caso, do exemplo do crime de prevaricação. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. **Lima-Perú: Editorial Iustitia**, 2011.

²⁵¹SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber**. In: El funcionalismo en derecho penal libro homenaje al profesor Günther Jakobs, p. 271-289. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. P. 285

do menor possui ela uma posição de garante, e, diante disso, teria qualidades especiais para responder a um delito específico, caso este ocorresse²⁵².

Estudiosos da ciência penal se debruçaram em desenvolver a teoria da infração de deveres, já que, nas palavras de Pariona Arana, o “desenvolvimento da teoria dos delitos de dever não foi concluído e é, todavia, uma tarefa pendente para a ciência do Direito Penal”²⁵³.

5.1.2 Em Jakobs

Admirador do desenvolvimento de Roxin sobre a teoria de infração de deveres, Jakobs se dedicou em criar uma teoria enraizada em bases roxinianas. Jakobs utiliza como ponto de partida, para sua tese, a relação estreita entre os critérios de domínio e infração de deveres.

Para ele, podem ocorrer situações em que por detrás de um domínio sobre o fato exista um elemento normativo, equivalente a uma infração de dever²⁵⁴. Na realidade, segundo Jakobs, essa infração de dever constitui fundamento para a imputação jurídico-penal em qualquer forma de autoria, visto que elementos normativos circunscrevem toda imputação típica. Aliás, na linha do referido professor, a lesão de deveres constitui fundamento para qualquer imputação penal, diferentemente de Roxin que serve do critério de violação de deveres apenas no âmbito para identificar a autoria em determinados delitos.

De qualquer forma, Jakobs considera a classificação dos delitos proposta por Roxin como “delitos de domínio” e “infração de dever”. Aqueles também denominados

²⁵² Nas palavras de Schunemann: “Así, si el contrato de la niñera es nulo por alguna razón de Derecho Civil, pero la niñera ejerce un cuidado efectivo del niño, y conscientemente lo deja trepar a una fuente y ahogarse en ella, no existe duda sobre su posición de garante. A la inversa, debe negarse una posición de garante si la niñera no asume su puesto incumpliendo el contrato y, por tanto, no asume el control fáctico sobre el niño”. SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 21

²⁵³ Original: desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal. Em PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. **Revista penal**, n. 29, p. 167-177, 2012. P. 173

²⁵⁴ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: **El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal.(Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)**, p. 87-120. Grijley, 2000.

de “responsabilidade em virtude de organização”, enquanto estes também são chamados de delitos por “responsabilidade em virtude de competência institucional”.

Os delitos de domínio apoiam-se na violação de uma relação de deveres comuns ou deveres gerais inerentes a cada cidadão. Para ele, cada pessoa tem competência de se organizar dentro de uma esfera de liberdade, de forma que, no contato com uma outra organização, a sua própria organização tenha uma configuração que possa se manter dentro de um risco permitido²⁵⁵. Ou seja, resume-se no dever de não lesar ninguém. Isto significa dizer que uma pessoa tem o direito à livre administração do seu poder de organização, porém deve limitar esse poder a não produzir efeitos indesejados²⁵⁶.

De outra parte, nos delitos de infração de dever, a fundamentação do dever jurídico se alicerça de forma estrita em instituições positivas que, por sua vez, configuram-se nas relações dos diversos campos da vida em uma sociedade e possibilitam a criação de um mundo em comum entre o portador do dever e os bens colocados sob sua esfera²⁵⁷. A questão se resume na competência que certo sujeito possui no desenvolvimento do fato, faltando essa competência quando “o último em atuar tipicamente não tenha capacidade para dominar o risco relevante”²⁵⁸.

O sujeito qualificado pelo dever especial pode atuar em conjunto com outra pessoa sem referido dever específico, mas continua respondendo pelo delito especial, ainda que sua atuação (ou omissão) tenha sido mínima. Assevera Jakobs que isso, todavia, não significa que a infração de deveres sempre seja mais relevante do que o fazer ativo do sujeito qualificado. Como consequência, o sujeito que possua os deveres especiais será considerado sempre autor na prática delitiva. A participação somente existe, então, na hipótese de atuação do *extraneus*.

²⁵⁵ MENDOZA AYMA, Francisco Celis; MENDOZA YANA, Daniel. **Formalismo y “los diarios chicha”:** **Los Límites de la Teoría de la Infracción del Deber Extrapenal y el Fundamento material de la autoría.** Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/357983331/Articulo-Sobre-Los-Limites-de-La-Infraccion-Del-Deber-Extrapenal-1>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

²⁵⁶ CONTRERAS, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. **Indret**, v. 1, p.1-28, 2011.

²⁵⁷ MENDOZA AYMA, Francisco Celis; MENDOZA YANA, Daniel. **Formalismo y “los diarios chicha”:** **Los Límites de la Teoría de la Infracción del Deber Extrapenal y el Fundamento material de la autoría.** Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/357983331/Articulo-Sobre-Los-Limites-de-La-Infraccion-Del-Deber-Extrapenal-1>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

²⁵⁸ Original: el último en actuar típicamente no tiene capacidad para dominar el riesgo relevante. JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: **El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal.(Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)**, p. 87-120 Grijley, 2000. P. 117

Jakobs utiliza exemplos – para fundamentar sua tese – de crimes praticados por funcionários públicos, sendo um deles na hipótese de uma fuga dentro de um estabelecimento prisional estatal. Todo agente penitenciário (funcionário público) tem a obrigação de não permitir que os detentos fujam, mas na hipótese destes fugirem, provavelmente o diretor do presídio responda por um injusto maior do que seus subordinados.

Conclui, então, sua tese que as infrações de deveres – decorrentes de uma competência por organização, como nos casos de crimes praticados por funcionário público em uma organização estatal – se resumem, pois, em uma diferença qualitativa desses deveres²⁵⁹²⁶⁰.

Uma das principais críticas que se faz ao pensamento de Jakobs sobre a mencionada temática diz respeito à própria base do funcionalismo utilizada por ele. Para seus críticos, essa base é demasiadamente abstrata, não corroborando com a prática empírica do mundo real²⁶¹.

Outrossim, considerar a violação de deveres (gerais e específicos) como fundamento de toda imputação jurídico-penal pode acabar violando o princípio da legalidade. Em um dos exemplos expostos por Jakobs, no qual considera como autor de homicídio o pai que entrega uma faca ao assassino de seu filho, parte da doutrina

²⁵⁹ Em suas palavras: Como ustedes han percibido, no pongo en duda que en las infracciones de los deberes derivados de competencia por organización quepa encontrar grandes señores y figuras marginales, o, si así se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho; dudo que eso sea algo más que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor rango y de menor rango sólo conduce a una cuantitativa en el deber. Quien asuma esto, puede volver a vincular los delitos comunes, es decir, los así delitos de dominio, y los delitos especiales, los delitos de deber: en todo caso se trata de la fundamentación de competencias, sea por el empeoramiento de una situación, sea por no mejorarla. JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: **El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal.(Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)**, p. 87-120 Grijley, 2000. P. 120

²⁶⁰ Seguindo a vertente de Jakobs, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES diferencia os delitos de domínio como violação de deveres comum, denominados de instituições negativas, os quais decorrer de uma obrigação inerente a todo cidadão de “não lesionar”, e os delitos de infração de dever, considerados como deveres específicos previstos na norma dirigidos a determinadas pessoas e são chamados de instituições positivas. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber**. In: El funcionalismo en derecho penal libro homenaje al profesor Günther Jakobs, p. 271-289. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Ver mais em SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons, 2002.

²⁶¹ Gracia Martín

entende que isso constitui um alargamento da censura penal, visto que a conduta do pai do menor se caracterizaria no próprio conceito de participação²⁶².

Schünemann ressalta que a tese de Jakobs produz um regresso ao conceito unitário de autor, visto que todo aquele que possui um dever (instituição positiva²⁶³) e deste decorre uma infração, responderá como autor do delito, não importando, pois, sua contribuição efetiva no fato²⁶⁴.

5.2 DOMÍNIO SOBRE FUNDAMENTO DO RESULTADO

Bernd Schünemann defende que o critério do domínio deve embasar todas as formas de delito. Para ele, existe, pois, uma teoria geral para diferenciar autoria de participação, a qual serve para os delitos comuns comissivos e para os omissivos impróprios e delitos especiais, qual seja: teoria do domínio sobre fundamento do resultado.

O essencial para a caracterização da autoria é a decisão que determina o fato que lesiona um bem jurídico. Essa tomada de decisão é realizada por aquele que efetivamente domina o acontecimento típico, ou seja, que dirige a lesão do bem jurídico. Por isso que Schünemann denomina a teoria de domínio sobre o fundamento do resultado.

Sobre a base dessa teoria não há maiores diferenças sobre a base da teoria do domínio do fato de Roxin. Aliás, Schünemann, seguidor de Claus Roxin, afirma que este somente criou a teoria de infração de dever devido à época que a teoria foi desenvolvida. Nas palavras de Schünemann:

O fato de que Roxin não tenha seguido este caminho no ano de 1963, mas que tenha propagado a categoria dos delitos de infração de dever, supostamente muito diferente aos delitos de domínio, se explica, em minha opinião, pela circunstância em que partia do estado das noções gerais naquele momento, tanto em sentido jurídico-teórico como também em relação com a dogmática dos delitos de omissão. Portanto, desenvolveu, sobre uma base que desde uma perspectiva atual é obsoleta em um duplo sentido, uma

²⁶² MENDOZA YANA, Daniel. **La exigência del dominio sobre el fundamento del resultado como critério delimitador de la intervención delictiva em los delitos contra la administración pública desde una perspectiva funcionalista reductora en el Perú**. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, 2016.

²⁶³ ver nota de rodapé 90 de Sánchez-Vera Gómez-Trelles

²⁶⁴ Em SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANA SACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich.

concepção de acordo com a autoria, e que, por essa razão, hoje também é obsoleta.²⁶⁵

A proposta de Schünemann é considerar o critério do domínio em diferentes graus, formando, assim, um conceito tipológico, o qual, aliás, foi desenvolvido apenas recentemente e não na época em que Roxin defendeu sua teoria de infração de dever.

Para que o indivíduo tenha o domínio sobre o fundamento do resultado duas formas de domínio podem existir: o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, englobando as “posições de garantidor decorrentes da comunidade de vida e de perigo, e a assunção sobre a guarda de um bem jurídico desamparado”²⁶⁶ ou o domínio sobre a causa essencial do resultado, constituído pelos “deveres atinentes ao controle sobre coisas perigosas e domínio sobre pessoas ou funções perigosas”²⁶⁷.

A autoria nos crimes cometidos por funcionários públicos em desfavor da Administração Pública é fundamentada pelo domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, o qual advém exatamente da relação do funcionário com o bem jurídico protegido pelo tipo penal especial. É essa relação de acesso a esse objeto da norma do delito especial (bem jurídico) que constitui a essência da tipificação da conduta, da existência do crime.

Nesse sentido, à diferença dos delitos comuns, nos delitos especiais o acesso ao bem jurídico é restrito e, tratando-se dos delitos especiais contra a Administração Pública, na grande maioria desses delitos apenas o funcionário público consegue acessar o bem jurídico e ter, então, em suas mãos o domínio sobre desamparo do bem jurídico.

Outrossim, para Schünemann, nos delitos omissivos impróprios há uma situação de desamparo do bem jurídico dominada pelo autor, não se exigindo um

²⁶⁵ Original: El hecho de que ROXIN no haya seguido este camino en el año 1963, sino que haya propagado la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikte), supuestamente muy diferente a los delitos de dominio, se explica, en mi opinión, por la circunstancia de que él partía del estado de las nociones generales de aquel entonces, tanto en sentido jurídico-teórico como también en relación con la dogmática de los delitos de omisión. Por tanto, desarrolló, sobre una base que desde la perspectiva actual es obsoleta en un doble sentido, una concepción acorde de autoría y que, por esa razón, hoy también es obsoleta. Em SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría.** Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANA SACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich.

²⁶⁶ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva, **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 148.

²⁶⁷ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva, **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 148.

domínio baseado no próprio movimento corporal²⁶⁸. Essa forma de domínio é o que baseia o resultado do acontecimento.

Para Schünemann, o domínio sobre o fundamento do resultado é a base para a análise da autoria em toda espécie de delito, equivalendo, assim, delitos omissivos e delitos comissivos. Referida teoria é, assim, “uma estrutura fundamental de autoria, tanto para crimes de ação quanto para os de omissão, assim funcionando como critério unificador da imputação, como decorrência da cláusula de equivalência”²⁶⁹.

A jurisprudência alemã já vem desconsiderando a teoria de infração de dever para os crimes omissivos impróprios, diante da dependência da teoria com conceitos advindos de ramos alheios ao Direito Penal.

A qualificação de um sujeito como autor de um delito especial não pode se fundar em deveres extraídos de normas extrapenais, visto que as consequências jurídicas decorrentes de tais normas não são as mesmas que as penais. Assim, o sujeito especial só pode ser assim qualificado se estiver em uma posição que detenha aspectos relevantes para a integridade do bem jurídico²⁷⁰, ou seja, se ele consegue ou tem a possibilidade e a qualidade de proteger o bem jurídico.

Essa proteção deve ser aquela que emanou na própria tipificação do delito. Assim, a qualidade de proteger deve ser eficaz. Nesse sentido, terá a qualidade de autor especial o funcionário público que deixa de proteger a coisa alheia móvel da Administração Pública e a subtrai para si.

Pois, como em um Direito penal baseado em dar primazia a proteção de bens jurídicos o que importa não é a posse de um status, senão deter uma função, com a assunção de função se cumprem também os pressupostos do merecimento de pena. Em câmbio, o tipo penal que utiliza o conceito de status reduz o ilícito material orientado à proteção do bem jurídico²⁷¹.

²⁶⁸ SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 21.

²⁶⁹ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva, **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

²⁷⁰ SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 22

²⁷¹ SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 23

Dessa forma, não importa o *status* de sujeito com a qualidade especial para o tipo penal, mas sim exercer uma função, qual seja, a que efetivamente (diretamente) protege o bem jurídico, constituindo, assim, uma posição de garante, “pelo menos para grande parte dos delitos especiais”²⁷². Não é a qualidade de funcionário público que fundamenta a autoria, mas, no caso dos delitos especiais contra a Administração Pública, a relação que o sujeito tem com o bem jurídico desamparado, o qual é mais facilmente acessado pelo funcionário público.

Nesse sentido, conforme o exemplo de Schünemann, não é o status de proprietário de um cachorro que interessa, mas sim quem sai para passear com o animal e não intervém quando ele avança em uma pessoa. É o domínio que o proprietário do animal tem sobre este que caracteriza sua qualidade especial, posto que se alguém passeia com o animal a pedido do dono dele e não consegue controlá-lo não pode ser considerado como possuir da qualidade especial de autor.

Assim também é o domínio que possui o funcionário público quando tem a competência para evitar o fato lesivo. Nota-se, portanto, que o decisivo é domínio sobre o sucesso do resultado lesivo e não meramente violar um dever funcional.

Uma das críticas dirigidas a Schünemann, inclusive, refere-se aos resultados distintos que ocorrem em situações concretas semelhantes. Um exemplo de caso trazido pelo autor alemão (já detalhado no presente) é o dos pais que saem ao cinema e deixam seus filhos dormindo em casa. No caso de acontecer algo com os filhos, os pais seriam responsabilizados²⁷³. Em um outro exemplo, Schünemann entende que não haveria a mesma responsabilização no caso de um fabricante de um produto exposto no mercado que causa prejuízos a saúde dos consumidores. Nesse caso, o autor alemão explica que o fabricante do produto não tem o domínio de retirar o produto perigoso do mercado, cabendo tal responsabilização ao comerciante²⁷⁴.

Esse tratamento distinto é alvo de críticas. Ainda que não se despreze as críticas, acredita-se, porém, que essa análise do domínio caso a caso é necessária.

²⁷² SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 23

²⁷³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002 p. 156

²⁷⁴ SCHUNEMANN, Bernd. **Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas**. In: Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. P. 129 e seguintes.

Isso não significa uma ausência de critérios, tampouco que o peso dessa análise recaia apenas sobre a discricionariedade do julgador. O que é preciso é que haja um exame detido do domínio que fundamentou o resultado lesivo.

Cuello Contreras, todavia, apresenta outras falhas na teoria de Schünemann. O professor espanhol ressalta o triunfo da teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, mas adverte que falta nela um elemento complementar acerca do domínio que determinado sujeito possui em uma situação fática. Falta, pois, “um critério adicional que caracterize o sujeito que tem que estar presente em uma situação de domínio, explicando a imputação mais além de sua mera presença na situação”²⁷⁵.

Para que a teoria em questão seja indene a falhas, é preciso, para Contreras, que juntamente com a análise ontológica²⁷⁶ – que, segundo ele, constitui o domínio sobre o fundamento do resultado – exista um complemento axiológico, qual seja, uma fundamentação extrapenal dirigida aos sujeitos qualificados, especialmente os garantes. Essa fundamentação, pois, vai além da criação de um perigo prévio, defendida por Schünemann²⁷⁷.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles também levanta uma crítica a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, aduzindo, em síntese, que a teoria pode trazer, como consequência, um tratamento desigual de responsabilização penal em situações concretas similares.

A crítica de Sánchez-Vera Gómez-Trelles parte dos exemplos expostos por Schünemann sobre o caso dos pais deixarem seus filhos dormindo e saírem para assistirem um filme no cinema e na hipótese de um fabricante não retirar seus produtos do comércio sendo estes perigosos.

Para Sánchez-Vera Gómez-Trelles os dois casos deveriam ser tratados de forma equivalente, não havendo responsabilização por autoria ao fabricante, tampouco aos pais. Já no viés de Schünemann os pais que vão cinema e deixam seus

²⁷⁵ Em suas palavras: Su único problema estriba en que no proporciona un criterio adicional que caracterice al sujeto que ha de estar presente en la situación de dominio, explicando la imputación más allá de su mera presencia en la situación. CONTRERAS, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. **Indret**, v. 1, 2011.p. 11.

²⁷⁶ Para Contreras, a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado possui bases filiadas à causalidade, por advogar em prol de uma teoria que leva em conta a imputação penal em ações que causam lesão a bens jurídicos protegidos, o que segundo Contreras é defendido com excelência por Schünemann em delitos omissivos impróprios. CONTRERAS, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. **Indret**, v. 1, 2011.

²⁷⁷ CONTRERAS, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. **Indret**, v. 1, 2011.

filhos sozinhos devem ser responsabilizados, pois eles conhecem a casa que moram (a vizinhança, etc) e sabem dos perigos que podem existir nesse ato, todavia, o fabricante do produto não seria da mesma forma responsabilizado, pois faltaria nele um domínio fático da situação, ainda que ele tenha violado um dever de cuidado extrapenal²⁷⁸.

5.2.1 Sobre a questão doutrinal do “Instrumento doloso não qualificado: hipótese de incidência da cláusula “atuar no lugar de outro”

Embora não seja o cerne desse trabalho, importante fazer menção sobre a problemática do instrumento doloso não qualificado, visto que tanto a teoria da infração de deveres como a do domínio sobre o fundamento do resultado criam soluções para o assunto.

A questão consiste na hipótese de atuação do intraneus que fique restrita a uma mera indução ou cumplicidade, não realizando ele mesmo atos executivos do delito especial próprio, mas sim induzindo o extraneus a praticá-lo. É a hipótese do que a doutrina denomina de “instrumento doloso não qualificado”.

Acerca dos delitos especiais, Mezger, já na década de 50, defendia a possibilidade do intraneus ser autor mediato e o extraneus partícipe, caso o sujeito, especial se utilize do indivíduo não qualificado para a prática de um delito especial. É o caso, cita ele, de um funcionário público que solicita a um extraneus para executar um delito funcional²⁷⁹.

Ainda atualmente parte da doutrina entende que o indutor, intraneus, é autor mediato, enquanto o extraneus, executor direto, é partícipe. Todavia, outros consideram (extraneus e intraneus) que não haveria responsabilização nem a título

²⁷⁸SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. p. 156

²⁷⁹ Isso para Mezger serve para os delitos especiais próprios, pois nos delitos especiais impróprios pode ocorrer que o extraneus responda como autor (coautoria ou autoria mediata) do delito comum. As soluções dessas questões se resumem, na verdade, na interpretação sobre o objetivo da lei. “El deslinde entre delitos especiales propios e improprios constituye, por otra parte, una cuestión de interpretación (LeipzKomm, § 47, n. 1 b); depende de las circunstancias si la ley quiere poner siempre en primer plano la cualidad especial de autor de quien actúa o el impedimento del resultado. Como diremos después en detalle, también en los delitos especiales propios, el no cualificado (persona extraña) puede ser punible como instigador o cómplice; por lo tanto, la cuestión puede ser planteada de la siguiente manera: si corresponde más al sentido de la ley limitar siempre su punibilidad a los § 48 y 49 o bien recurrir, dado el caso, también al § 47” p. 313.

de autoria, tampouco a título de participação, resultando em uma dupla impunidade, já que o executor direto do fato não possui as qualidades previstas no tipo e, assim, não pode ser considerado autor²⁸⁰. Como resultado, não há hipótese de participação, posto que em atenção ao princípio da acessoriedade, não há como existir participação em um delito que não houve a imputação a título de autoria.

Todavia, essas conclusões são um pouco incômodas para alguns, pelo fato de que a ação dessa suposta autoria mediata não condiz com a atuação de um autor, mas sim de um partícipe²⁸¹, além de que a dupla impunidade parece não fazer jus aos ideais políticos-criminais. Para os defensores da teoria do domínio do fato, inclusive, somente haveria hipótese de autoria mediata caso o executor fosse um inimputável ou agisse por erro, coação etc.

A proposta visivelmente mais confortável pela doutrina veio com advento da teoria roxiniana de infração de deveres, a qual também se viu incumbida em dar respostas para a caracterização da autoria e da participação em casos de atuação do instrumento doloso não qualificado. A teoria roxiniana traz como solução a essa problemática considerar o intraneus autor do delito, enquanto o extraneus mero partícipe, ainda que este tenha sido o executor direto do fato, pois, como estudado anteriormente, apenas o sujeito qualificado pode ser autor do delito, sendo irrelevante qualquer aporte relacionado ao domínio que o sujeito tenha sobre o fato delitivo.

É possível, ainda, que a problemática do instrumento doloso não qualificado seja resolvida pelas teorias que trabalham critérios materiais do domínio, como a do domínio sobre o fundamento do resultado. Para isso, Schünemann, assim como Gracia Martín, recorre as cláusulas do “atuar em nome de outro”, previstas,

²⁸⁰ ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

²⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012. P. 231.

por exemplo, no § 14 do Código Penal Alemão²⁸², art. 31 do Código Penal Espanhol²⁸³ e art. 27 do Código Penal Peruano²⁸⁴.

Essa cláusula foi criada em referidos ordenamentos jurídicos com o objetivo de preencher lacunas de punibilidade decorrentes de uma atuação direta de um sujeito que não possuía as qualidades específicas para realizar o delito, sendo muito utilizada – nos países que a recepcionam – para tratar de casos envolvendo pessoas jurídicas²⁸⁵, mas, por certo, pode ser aplicada em outros casos que o executor direto não possua as qualidades exigidas pelo tipo, como no caso de atuação do extraneus nos delitos especiais praticados contra a Administração Pública. Assim, o representante age voluntariamente e com consciência da prática delitiva.

²⁸²§ 14. Actuar por otra persona:

(1) Alguien actúa

1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos
2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o,
3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado.

(2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello

1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o,
2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase.

(3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf Acesso em janeiro de 2018.

²⁸³Artículo 31:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t2.html Acesso em janeiro de 2018.

²⁸⁴Artículo 27.- Actuación en nombre de otro

El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como sócio-representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf Acesso em janeiro de 2018

²⁸⁵ MÉNDEZ MEINI, Iván Fabio. **El "actuar en lugar de otro" en el derecho penal peruano**. Nuevo Foro Penal, Diciembre 1999, N° 62

O ponto central dessa cláusula se funda na assunção fática das funções próprias de determinado sujeito qualificado e a “relação material externa do atuante em nome de outro com o bem jurídico protegido”²⁸⁶. É verdade que o sujeito qualificado possui uma relação mais estreita com o bem jurídico objeto de proteção, não obstante as legislações que permitem a “atuação em nome de outro” admitam que outros sujeitos tenham acesso ao bem jurídico, mediante a representação do sujeito qualificado.

Assim, esses representantes assumem o domínio sobre o fundamento do resultado lesivo, acessando o bem jurídico que seria protegido pelo intraneus, havendo, portanto, uma transferência da assunção fática do domínio (do intraneus para o extraneus)²⁸⁷. O formalmente extraneus²⁸⁸ se coloca em uma posição material de sujeito qualificado, levando em conta para essa posição que se comporte utilizando aspectos que sejam relevantes para a proteção do tipo penal, atraindo para si esses elementos²⁸⁹. Nota-se, assim, que não basta qualquer assunção dos atributos do sujeito qualificado, mas sim que o extraneus representante assumira uma postura que seja essencial para o próprio fundamento do delito especial, ou melhor, da própria razão de existir o tipo penal especial.

É preciso ainda demarcar que para que o representante atue, assumindo a função do representado, não é preciso que este fique inativo. É possível que o intraneus representado realize atos equivalentes a uma participação, induzindo ou colaborando o seu representante extraneus. Assim, verifica-se que a cláusula do atuar em lugar do outro é relativamente independente da atuação do representado, podendo, dessa forma, constituir a autoria do representante extraneus e da participação do representado intraneus.²⁹⁰

²⁸⁶VÉLEZ, Susana Escobar. El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. **Cuadernos de Investigación**, n. 44, 2012. P. 21.

²⁸⁷VÉLEZ, Susana Escobar. El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. **Cuadernos de Investigación**, n. 44, 2012.

²⁸⁸ Se diz “formalmente extraneus” posto que na norma penal ele não possui as qualidades exigidas pelo tipo, embora materialmente tenha assumido essa postura (de qualificado).

²⁸⁹GARCÍA CAVERO, Percy. **La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro**. *Revista de derecho penal y criminología*, 2 v, núm. 9, 2002, págs. 103-140

²⁹⁰VÉLEZ, Susana Escobar. El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. **Cuadernos de Investigación**, n. 44, 2012.

No entendimento de Schünemann, o mais relevante é que o bem jurídico seja protegido, sendo este o imperativo da norma. É menos importante, portanto, o “status” imutável do sujeito, dando-se mais valor, então, a função que ele exerce²⁹¹. Nas palavras de Schünemann, “no âmbito dos delitos especiais, a responsabilidade por atuar em nome de outro mostra um problema de correspondência ou equivalência, igual a regulação das posições de garante no âmbito dos delitos impróprios de omissão”²⁹².

De maneira muito semelhante entende Gracia Martín, afinal também parte de um aporte material do critério do domínio. Referido autor tem como ponto de partida, para a compreensão da cláusula atuar em nome do outro, avaliar a relação do sujeito qualificado pelo tipo com o bem jurídico protegido²⁹³, posto que não basta, por exemplo, ser qualquer funcionário público para ser considerado sujeito especial dos delitos funcionais praticados contra a Administração Pública. É preciso que se examine se referido sujeito tem uma relação com o objeto do tipo penal. Além disso, mister se faz verificar se o sujeito não qualificado, quando assume a posição do sujeito qualificado, mantém a mesma relação que o *intraeus* possui com o bem jurídico, podendo, assim, formular um juízo de equivalência.

Dessa forma, Gracia Martín acrescenta uma limitação da cláusula referida - embora pouco visível - em comparação com Schünemann. Segundo Gracia Martín é preciso que haja um domínio social do sujeito formalmente *extraneus* para que seja possível a assunção desse sujeito à estrutura social, podendo, assim, ser equiparável ao *intraeus*²⁹⁴.

De todo modo, os dois autores, que trabalham com critérios materiais de domínio, chegam ao mesmo ponto sobre aplicação da cláusula de atuar em nome de outro, qual seja, que o *extraneus* (no sentido formal) assume faticamente uma posição

²⁹¹ SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich

²⁹² SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich. P. 23.

²⁹³ GRACIA MARTÍN, Luis. Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. **Bosch, Barcelona**, 1986.

²⁹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. **Bosch, Barcelona**, 1986.

de relevância sobre a proteção do bem jurídico, equivalente ao domínio que o sujeito qualificado possui sobre determinado bem jurídico, tutelado pelo tipo penal especial²⁹⁵.

5.3 UMA PROXIMIDADE DO CASO HIPOTÉTICO COM CASOS DA REALIDADE: EM BUSCA DE MELHORES SOLUÇÕES

No caso hipotético criado anteriormente, tem-se, na primeira situação, a atuação de dois funcionários públicos (FBa e FBb) praticando crimes especiais: peculato, inserção de dados falsos em sistemas informatizados e corrupção passiva. Posteriormente, o quadro foi alterado, considerando que os crimes foram praticados apenas por FBb, enquanto FBa foi acusado por ser presidente/diretor do órgão público.

Identificar e fundamentar a autoria em tais casos parece não ser tarefa fácil para o julgador. Em casos complexos como os elucidados nas situações hipotéticas, pode-se imaginar que o prático a se fazer é optar por relativizar o conjunto probatório, baseando a autoria em evidências – o que não é o objeto desse trabalho – ou amoldar teorias criadas pela doutrina conforme a necessidade do julgador ou, ainda, fazer as duas coisas juntas.

Na primeira opção, tem-se na atualidade o caso (ou melhor, os casos) da “Operação Lava Jato”²⁹⁶, o qual também envolve crimes contra a Administração Pública praticados por particulares e funcionários públicos, mais precisamente em face da Petrobrás. Como muitas das ações penais ainda não chegaram à última

²⁹⁵VÉLEZ, Susana Escobar. El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. **Cuadernos de Investigación**, n. 44, 2012.

²⁹⁶ O site do Ministério Público Federal traz resumidamente o caso:

“O nome do caso, ‘Lava Jato’, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Entenda o caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 22 de novembro de 2017.

instância (em outubro de 2017, haviam seis ações penais no Supremo Tribunal Federal²⁹⁷), o desfecho do caso ainda está por vir. Mas algumas decisões tomadas, inclusive em segundo grau, trouxeram, como fundamento para a identificação da responsabilização dos acusados, uma relativização das provas nos processos.

O relator do caso perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região trouxe em suas decisões uma teoria norte americana quanto à valoração das provas nos autos. Segundo ele, a prova não precisa trazer uma certeza absoluta, e, assim, se fundamenta na teoria do exame da “prova acima de uma dúvida razoável”²⁹⁸:

Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria pouco avançam sobre nível (standard) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova 'acima de uma dúvida razoável' (proof beyond a reasonable doubt). Essa 'prova acima de uma dúvida razoável' importa no reconhecimento da existência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar.

Basta, segundo a teoria, que as provas constantes no processo evidenciem a ocorrência do crime e sua autoria, posto que a certeza absoluta dos fatos é, em muitos casos, inviável. Dessa forma, o relator deste e de muitos processos da Operação Lava Jato fundou sua análise primordialmente em depoimentos de delatores, testemunhas e acusados, corroborados com provas documentais que, em tese, evidenciam a ocorrência dos crimes.

Dessa forma, não se adentrou no debate profundo sobre as teorias caracterizadoras da autoria. Mas sim que as provas constantes nos autos evidenciariam a autoria penal. Aliás, em sede de primeiro grau, deixou-se claro que a identificação da autoria se basearia na formalidade da lei e na análise das provas:

881. Não é necessário, como reclama a Defesa de M B O, reportar-se à conhecida teoria do domínio do fato para a responsabilização dele e que, aliás, jamais teve o sentido de determinar, na perspectiva probatória, o autor

²⁹⁷ GLOBO, Agência. Lava-jato tem 79 inquéritos e seis ações penais nas mãos de Fachin. Valor Econômico, São Paulo, 05 de outubro de 2017. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/5146052/lava-jato-tem-79-inqueritos-e-seis-aco-es-penais-nas-maos-de-fachin> Acesso em: 20 novembro de 2017.

²⁹⁸ Extraída da Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000, 13ª Vara Criminal de Curitiba, Julgador Sérgio Moro. p. 43

de um crime. **Basta a referência às provas acima discriminadas e ao mais conhecido artigo 29 do Código Penal**²⁹⁹(grifos não constantes no original).

Percebe-se, ainda, que, para auxiliar (ou facilitar) seu trabalho, o julgador amolda teorias criadas pela doutrina conforme a sua necessidade e a do caso concreto (por óbvio). Essa foi, pois, a opção eleita pelos julgadores no caso do Mensalão, como já sublinhado anteriormente.

Como dito, os julgadores utilizaram a teoria do domínio do fato (principalmente na modalidade domínio da organização) para fundamentar a autoria penal, sendo destacada sua aplicabilidade nos delitos comuns praticados por sujeitos que ocupavam posições elevadas em organizações empresariais. Destaca-se um trecho do referido caso extraído por Alaor Leite, sobre a aplicação da teoria do domínio do fato pelo Ministro Ayres Britto³⁰⁰:

Ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com abuso dele).

Ainda se aproveitando do estudo de Leite, a Ministra Rosa Weber afirmou no referido caso³⁰¹:

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos delitos empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria. (...) Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Muitos outros trechos poderiam ser destacados, entretanto, para o objetivo aqui traçado não se fazem necessários. O fato é que os julgadores amoldaram a teoria

²⁹⁹Ação Penal nº 503652823.2015.4.04.7000, 13ª Vara Criminal de Curitiba, Julgador Sérgio Moro

³⁰⁰ LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 143.

³⁰¹ LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 148.

do domínio do fato para identificar a autoria conforme suas necessidades. Dito de outra forma, os julgadores aplicaram a teoria do domínio do fato na modelagem que entenderam pertinente para facilitar a análise da autoria e, conseqüentemente, corroborar com elementos de prova, talvez insuficientes ou não tão evidentes.

O desvio técnico da aplicação da teoria do domínio do fato no caso do Mensalão (como já salientado no presente) não atingiu os delitos especiais. Referida teoria – que não se aplica aos delitos especiais de acordo com Roxin, cuja postura é a que teoricamente orientou os julgadores do Mensalão – não foi trabalhada na análise dos delitos especiais, aliás não houve sequer uma discussão sobre a aplicabilidade das teorias nos delitos especiais³⁰². Isso, todavia, não merece ser visto como um ponto positivo, posto que apenas evidencia que os julgadores aplicaram a teoria do domínio do fato quando entenderam conveniente. Seria positivo, sim, se deixassem claro o motivo de não estarem aplicando a teoria em questão³⁰³, a qual, por certo, não é universal, isso, claro, consoante a base roxiniana que era a seguida pelos julgadores, teoricamente.

Nenhuma dessas opções parece ser adequada ao cerne desse trabalho. A primeira porque não há o diálogo das teorias sobre a autoria nos delitos especiais, sendo a autoria baseada em evidências de provas. A segunda porque assume uma teoria sobre a autoria conforme a “conveniência” do julgador, ficando silente sem se saber o motivo quando trabalha a autoria em delitos especiais.

Assim, tentar-se-á aplicar as teorias que trabalham especificamente os delitos especiais no caso hipotético criado, precisamente a teoria de infração de deveres e a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, como forma de se buscar uma solução que se coadune com uma política criminal efetiva e em consonância com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

³⁰² LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014

³⁰³ LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014

6 APLICABILIDADE DAS TEORIAS AO CASO HIPOTÉTICO

No capítulo anterior, tentou-se demonstrar a necessidade de se recorrer a fundamentos teóricos, em toda sua profundidade, para a identificação da autoria penal. Além disso, elucidou-se duas importantes teorias – teoria da violação de deveres e teoria do domínio sobre o fundamento do resultado – que tentam trazer um pouco de luz para a resolução de problemas envolvendo a autoria nos delitos especiais. Para que se identifique quais critérios – baseados em determinada teoria – devem ser utilizados na caracterização da autoria penal, nesses delitos, mister se faz aplica-los ao caso hipotético criado.

Apenas para lembrar, no caso hipotético, funcionários públicos, foram acusados de terem praticado crimes de corrupção passiva, peculato e inserção de dados falsos em sistemas informação, em decorrência da percepção de vantagem indevida, desvio de verbas e falsificação de dados, diante do recebimento de propina por parte de particulares com o objetivo principal o favorecimento de empresas privadas em contratos de licitação.

Frente a esse quadro, duas situações merecem ser analisadas separadamente, conforme a atuação principal do sujeito:

- 1) FBa e FBb agiram em conjunto, desviando eles mesmos verbas da empresa pública, assim como inseriram dados falsos no sistema de informações da aludida empresa, com o objetivo de auxiliar na prática da fraude aos contratos de licitação;
- 2) FBb atuou diretamente nos fatos criminosos. FBa por ser presidente da empresa pública, também foi acusado pelos mesmos crimes que FBb, seu subordinado.

Pois bem. O exame das teorias aqui recairá, primeiramente, sobre a situação 1 e em seguida a 2.

Pela aplicação da teoria roxiniana de infração de deveres, os referidos funcionários públicos poderiam responder pelos crimes imputados pelo fato de terem descumprido deveres inerentes a qualidade pessoal de funcionários da Administração Pública.

Recorda-se que, pela aludida teoria, a figura central do evento delitivo é o sujeito que não cumpre o dever especial, ainda que não possua o domínio sobre o resultado lesivo, sendo esse critério irrelevante para a caracterização da autoria.

Referido dever especial antevê a própria tipificação penal, sendo que o tipo somente existe em razão da pré-existência desses deveres advindos de outros ramos jurídicos.

Assim, ficando demonstrado que FBa e FBb não cumpriram com seus deveres de lealdade para o correto funcionamento da Administração Pública³⁰⁴ – deveres esses disciplinados pela teoria geral do Estado e pelo Direito Administrativo, mas que pertencem ao tipo penal por fundamenta-lo – poderiam eles responder como autores dos delitos especiais imputados.

No outro caso, quando FBb executou os atos criminosos e FBa foi acusado por ser responsável pela empresa pública, a violação de deveres também pode ser identificada. Para a responsabilização de FBb o mesmo fundamento acima pode ser aplicado. No que tange a FBa, vislumbrar a violação de deveres é uma tarefa um pouco mais abstrata, posto que baseada nos deveres de proteger o bom funcionamento da instituição pública. Assim, se FBa permitiu que FBb realizasse os crimes, independentemente de ter recebido algo em troca, FBa violou seus deveres funcionais, podendo, por isso, ser responsabilizado assim como FBb.

Nota-se que é preciso, para referida teoria, demonstrar que os sujeitos violaram esses deveres funcionais. Assim, parece não haver muitos problemas em aproveitar o descumprimento de deveres de um funcionário público para fins de responsabiliza-lo penalmente. Veja-se, ao considerar a violação de deveres como de natureza extrapenais, uma gama enorme e imensurável de deveres pode ser considerada. Normas extrapenais podem ser das mais diversas e abranger todo e qualquer desvio do funcionário público.

É praticamente impossível mensurar e qualificar, dessa forma, os deveres que os funcionários públicos possuem, visto que honrar com o bom funcionamento da Administração Pública (de qualquer de seus órgãos) é uma tarefa por demais abstrata. O fato de não se exigir o critério do domínio torna a responsabilização de um sujeito detentor de deveres especiais (aqui no caso, funcionais) um ato mecânico, podendo recair sob indivíduos que sequer tiveram proveito sob os crimes. Considerar o presidente de um órgão público responsável sobre todos os atos que os outros funcionários fazem é exigir um controle além das forças humanas, podendo, inclusive

³⁰⁴SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. **Lima-Perú: Editorial Iustitia**, 2011.

se assemelhar com a problemática do domínio da posição³⁰⁵, como já aludido no presente sobre o caso do Mensalão.

Esclarecido esse ponto, passa-se a análise do cabimento da teoria de Schünemann nas situações 1 e 2.

Na primeira situação, para aplicar a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, é preciso verificar as condutas de FBa e FBb, o que pode ser feito pela análise das perguntas feitas sobre a aplicabilidade da teoria de Schünemann: os funcionários públicos tinham a possibilidade de dominar o sucesso do resultado? Quem efetivamente fazia as licitações? Como eram feitos os editais? Como, ao final, as empresas eram selecionadas? Foi preciso inserir dados falsos para fraudar os contratos? FBa e FBb agiram concretamente, seja eles mesmos desviando dinheiro público por contratos que eles fraudaram ou até mesmo fazendo depósito em contas particulares?

Essas perguntas são apenas a título exemplificativo e servem para auxiliar a compreensão das condutas efetivas dos sujeitos, de modo que se possa verificar se eles possuíam ou não o domínio sobre o sucesso do resultado.

De um modo geral, é preciso aferir, portanto, se os sujeitos acusados tinham o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico e/ou o domínio sobre a causa essencial do resultado.

Para isso, no primeiro caso desenhado, os funcionários públicos em questão tinham que ter o efetivo acesso aos sistemas relacionados processos licitatórios, além da inclusão de dados nos sistemas e acesso aos bens (dinheiro) da empresa pública.

Foca-se, assim, no sucesso do resultado pretendido. A partir de então, a produção e a análise das provas deveriam focar em como os funcionários acessavam os sistemas informatizados, de modo que fosse possível fraudar os contratos de licitação, bem como aos valores da empresa pública, ou seja, se eles dominavam o sucesso do resultado.

³⁰⁵ Presente em muitos casos de criminalidade dentro de estruturas organizacionais, inclusive entidades privadas. Ver mais sobre a responsabilização de pessoas de alto escalão em tais estruturas privadas em SCHUNEMANN, Bernd. **Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas**. In: Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

Assim, ficando demonstrado que FBa e FBb tinham o domínio sobre o desamparo do bem jurídico, pode-se, então, considerar os funcionários públicos autores dos delitos especiais, na situação 1.

O caso, porém, da situação 2 pode mudar de figura. O fato de FBa não ter atuado diretamente no ato delitivo não significa que ele não possa ser considerado autor. Relembre-se que há uma equiparação da posição de garante constante nos delitos omissivos impróprios e nos delitos especiais, de acordo com a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado. Para isso, é preciso que se verifique materialmente se, naquela situação específica, FBa tinha a posição de garante.

Não basta, portanto, ser detentor da qualidade de funcionário público de alto escalão. Importa, sim, se naquela situação fática ele era detentor da possibilidade de optar por amparar ou desamparar o bem jurídico. Portanto, para que seja possível imputar a ele a qualidade de autor, mister se faz verificar se dentro da empresa pública ele tinha o controle sobre as verbas públicas e pelos sistemas informatizados, posto que pode ocorrer que ele sequer entenda sobre o mecanismo do departamento financeiro ou de informática da empresa pública, por exemplo.

Aludir ao fato de que o controle poderia ser feito em razão do cargo que possuía pode recair na problemática do domínio da posição, praticamente uma responsabilidade objetiva. Para isso, algumas perguntas secundárias poderiam ser feitas: Qual o grau de subordinação dos funcionários? Eles eram sujeitos capazes e com discernimento? FBa poderia agir concretamente para que o bem jurídico fosse amparado?

Somente se fosse possível demonstrar que FBa tinha o efetivo controle sobre o desamparo, ou seja, sobre o sucesso do resultado – por exemplo, se ele viu que os dados foram inseridos no sistema do órgão público erroneamente e mesmo assim ele realizou/autorizou o certame licitatório fraudulento – é que fica possível considerar uma responsabilização a FBa, de acordo com os critérios do domínio sobre o fundamento do resultado.

Nota-se, assim, a extrema necessidade de se recorrer a uma análise detalhada que foque na situação concreta em que se encontra o sujeito qualificado, sempre recorrendo a pergunta: os funcionários públicos tinham o domínio de garantir o (des)amparo do bem jurídico?

Há, assim, uma diferença nítida e relevante entre as teorias, que pode resultar na escolha sobre suas aplicações. A teoria da infração de dever, nos moldes

roxinianos aqui trabalhados, apresenta-se como uma ferramenta que demanda menos análises, de modo que possa ser aplicada, para identificar autoria, de maneira mais “automática”, “mecânica”.

O trabalho do aplicador do direito, em especial do magistrado, deve ser focado em evidenciar o delito especial cometido e se o sujeito que o cometeu tinha os deveres especiais estabelecidos pela norma, sem excluir, claro, todas as circunstâncias do fato.

Já a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado demanda um trabalho mais apurado. É preciso que seja feita uma análise mais detida, de forma que seja possível individualizar o domínio ou o controle de cada sujeito. Isso, por certo, pode reduzir arbitrariedades e impunidades, visto que para caracterizar o domínio não basta que o sujeito possua uma qualidade especial, nos delitos aqui estudados.

A análise do domínio não é um critério automático como visto em alguns julgados ao se utilizarem da teoria do domínio do fato. Schünemann partiu da mesma base de Roxin, mas a aperfeiçoou, criando elementos decompostos para que seja possível elucidar o domínio.

A teoria do domínio sobre o fundamento do resultado parece ser hábil a identificar a autoria penal no caso dos funcionários públicos, por respeitar os limites punitivos e preconizar o objetivo da norma penal de proteger bens jurídicos. Por conta da análise detida dos seus critérios, que foca na situação concreta do domínio do agente perante o bem jurídico, pode-se dizer que a teoria de Schünemann parte de um exame casuístico da realidade.

É bem verdade que, em grande parte dos casos, a autoria *poderá* se dar da mesma forma, seja pela teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, seja pela teoria de infração de dever. A mera infração de um dever não é suficiente, posto que pode levar a arbitrariedades ao se responsabilizar alguém que pode não ter tido um domínio ou um controle fático ou pré-existente da situação concreta, tampouco que o sujeito tenha, no caso específico, uma posição de garante perante a proteção daquele bem jurídico.

Conclui-se que, para que um sujeito seja considerado autor de um delito, uma detida análise deve ser feita, evitando-se, assim, as desconformidades trazidas por uma fundamentação baseada apenas em uma “infração de dever”, bem como por uma argumentação que visa um “domínio da posição”, hipótese de uma aplicação

desenfreada da censura penal que, inclusive, como já dito, pode recair em uma responsabilidade objetiva, inaceitável em um Direito Penal democrático.

6.1 COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO SOBRE O FUNDAMENTO DO RESULTADO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Já se asseverou que o Código Penal brasileiro em seu artigo 29 parece deixar estampada a semelhança com um conceito unitário, ao não estipular, aparentemente, uma diferenciação entre autor e partícipe, pelo menos no que tange ao injusto. A possibilidade de diferenciação parece recair apenas à culpabilidade. Com a parte final do artigo (“na medida de sua culpabilidade”), introduzida pela reforma de 1984, Nilo Batista afirma que assim o artigo “parece responder a essa inclinação: monismo no injusto, pluralismo na reprovabilidade”³⁰⁶.

A parte inicial do artigo (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime”) tradicionalmente é interpretada em conjunto com o artigo 13 do mesmo diploma legal (Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido), sob os moldes causais. Ou seja, o termo “concorrer” possui ligação com uma cadeia causal, pela vertente da equivalência das condições³⁰⁷, conforme já tratado anteriormente. Essa é a interpretação que mais se destaca em diversos autores brasileiros³⁰⁸.

Entretanto, essa não é a única interpretação possível. Utilizando-se ainda dos ensinamentos de Nilo Batista, é possível ler o referido art. 29 à luz do art. 1º do mesmo diploma legal, o qual reafirma o princípio constitucional da reserva legal e traz uma visão da temática da autoria que vai além da literalidade do art. 29. Dessa forma,

³⁰⁶ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 44

³⁰⁷ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Luís Greco... [et alii] São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 51.

³⁰⁸ Como por exemplo Magalhães Noronha, Esther de Figueiredo Ferraz, Damásio de Jesus... É o que referencia Nilo Batista. Ver mais referências em BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35 em diante.

aludido dispositivo deve ser conjugado com a parte especial, bem como com os demais preceitos legais que permitem diversas formas de participação³⁰⁹.

Ainda segundo Batista, “concorrer não é sinônimo perfeito de ‘concausar’”³¹⁰, de modo que nem todo interveniente no fato delituoso é responsável por causar o resultado. Permite-se, assim, diversas formas de colaboração para o crime, seja na modalidade de autoria, seja na modalidade de participação, sendo isso possível já na parte do injusto.

Nesse mesmo sentido, Greco e Teixeira afirmam que o postulado “concorrer de qualquer modo”, disciplinado no artigo em questão, tem uma natureza dúplice e engloba autores e partícipes. No que tange à autoria, o preceito legal tem caráter declaratório, servindo para declarar que autor é aquele que realiza os verbos da ação típica (quem mata, quem subtrai...) e, a contrário senso, partícipe é aquele que não realiza tais verbos. Referido dispositivo, ainda, possui natureza constitutiva ao tornar possível, mediante uma cláusula de extensão da punibilidade, a punição daquele que contribui para o resultado típico – sem realizar os verbos nucleares – a título de participação³¹¹.

Por meio de tais entendimentos, abre-se possibilidade de integrar o art. 29 do Código Penal a um sistema diferenciador da autoria³¹², ao permitir a multiplicidade de agentes já no injusto penal e não apenas na culpabilidade, sendo possível, assim, aplicar as teorias diferenciadoras – ou seja, que diferenciam autor e partícipe – no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Não há óbice, portanto, para que se analise a problemática da autoria sob o viés da teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, visto ser uma teoria diferenciadora, baseada principalmente na conduta efetiva do sujeito, trazendo, para a realidade, a justa medida entre uma política criminal efetiva e os postulados de um Estado Democrático de Direito, que deve apenas censurar penalmente um indivíduo

³⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 44-45.

³¹⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 44.

³¹¹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Luís Greco... [et alii] São Paulo: Marcial Pons, 2014. P 70.

³¹² Relembre-se o significado de sistema diferenciador nos capítulos iniciais

que efetivamente, segundo os critérios explanados, dominou uma causa para o resultado delitivo.

7 CONCLUSÃO

A ciência jurídica-penal tem desenvolvido diferentes ferramentas para tentar responder as problemáticas envolvendo a autoria penal, cuja identificação é imprescindível para que haja uma censura criminal. A doutrina, com o passar dos anos, tem-se esforçado em se aprimorar na criação e na ampliação de teorias a fim de caracterizar e individualizar o autor de um ilícito penal, ao passo que a jurisprudência, tentando acompanhar essa evolução, tem-se logrado exitosa em seus objetivos pretendidos.

É certo que, conforme apontado no trabalho, nem sempre o diálogo entre a doutrina e a jurisprudência segue o mesmo caminho. Alguns relevantes equívocos técnicos foram cometidos em julgamentos de ações penais de destaque no cenário nacional, como na AP 470, cujos alguns fundamentos foram baseados em uma visão distorcida da teoria do domínio do fato e utilizada como uma ferramenta para embaçar uma espécie de responsabilidade pela posição que um sujeito ocupa dentro de uma estrutura organizacional.

Demonstrou-se no presente, com a colação de alguns julgados, a falta de universalização da compreensão das teorias sobre a autoria, ora se embasando no entendimento de determinado critério teórico, ora sem fazer qualquer alusão a algum elemento doutrinário.

Ocorre que a temática da autoria precisa ser a mais translúcida possível, visto que tal tema, por si só, já gera problemas de aferição. Mais dificultoso ainda parecem ser os critérios sobre a autoria no tocante aos delitos especiais, cujas regras são diferenciadas dos delitos comuns.

Por isso este trabalho se dedicou na elucidação e exame de duas importantes teorias sobre a autoria penal nos delitos especiais: teoria da infração de dever e teoria do domínio sobre o fundamento do resultado.

Ressalta-se que no cenário mundial, em especial o brasileiro, tem estado presente uma série de casos – até mesmo paradigmáticos – de crimes contra a Administração Pública, inclusive os cometidos por funcionários públicos, o que demonstra a importância de se consolidar os elementos a serem aplicados na identificação da autoria desses sujeitos qualificados, se é com base meramente em uma violação de um dever funcional, inerente da norma, ou se é mediante elementos fáticos, focados na realidade concreta.

E foi baseado em tal objetivo que esse trabalho foi desenvolvido. Viu-se, de início que muitos dos crimes cometidos contra a Administração Pública são uma demonstração do patrimonialismo, que, embora tenha sido marcante nas sociedades pré-democráticas, algumas características ainda se fazem presente, como a confluência entre o domínio público e o privado.

Essa confluência vai de encontro com o sentido de uma administração burocrática, delineada por Weber, cuja base deve segregar a atividade funcional dos interesses particulares, de modo que a ocupação de um cargo público deve ser tida como uma profissão, estando o agente público submetido a normas e regulamentos específico, devendo, ainda, observar sempre o equilíbrio entre as prerrogativas e as restrições especiais inerentes de suas funções públicas.

Pela especificidade de tais sujeitos, a lei penal dedicou um espaço reservado para trabalhar com os crimes praticados por funcionários públicos, cujo conceito abrangente, previsto no art. 327 do Código Penal, vai ao encontro da noção de agentes públicos nos moldes da doutrina administrativa.

São, então, considerados delitos especiais aqueles cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções. Referidos delitos são caracterizados pela doutrina como aqueles que o núcleo de autores possíveis é reduzido, já que o tipo penal remete a observação dos deveres funcionais.

As teorias sobre a autoria trabalhadas anteriormente pela doutrina não foram capazes de responder a toda problemática da identificação do autor penal nos crimes comuns, quiçá nos delitos especiais.

Viu-se que a teoria unitária pode promover uma ampliação desmedida da censura penal, ao se utilizar, basicamente, de elementos causais para aferição da autoria, os quais, por vezes, podem ser imprecisos. A teoria subjetiva, por sua vez, evidencia demasiadamente os elementos atinentes ao *animus* do agente, correndo o risco de não sintetizar os objetivos previstos no tipo penal, inclusive no que tange aos delitos especiais ao possibilitar que um sujeito comum seja autor de tais delitos. A teoria objetiva-formal tentou sanar alguns problemas da teoria subjetiva, mas criou um diagnóstico também problemático, ao não descrever os limites da objetividade do tipo, em especial para os casos de coautoria e autoria mediata. Já a teoria objetiva-material possui uma imprecisão em sua essência, pois não cria critérios a demonstrar o que seria uma contribuição relevante, cuja aferição é dificultosa principalmente nos delitos especiais.

Reconhecida pela sua superioridade de seus critérios e pelo delicado desenvolvimento de suas modalidades, a teoria do domínio do fato foi considerada como um expoente entre as teorias sobre a autoria, por trazer mais respostas a identificação da autoria nos delitos comuns, ou melhor, nos delitos de domínio.

Referida teoria, amplamente aperfeiçoada – e não criada – por Roxin, foi (e é) muito defendida pelos estudiosos, tendo em vista a solidez de seus fundamentos. Roxin, todavia, ressalta que o domínio do fato não é critério absoluto, não devendo ser aplicado a todo e qualquer delito e, assim, assevera que a autoria penal nos delitos especiais deve ser guiada por outro fundamento, qual seja, a infração de um dever.

A teoria da infração de dever desenvolvida por Roxin é seguida e reproduzida por vários estudiosos, com destaque para Jakobs e mais recentemente por Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Em sua essência, a teoria considera autor o sujeito que infringiu um dever que lhe cabia respeitar, cuja natureza antecede a tipificação da conduta, sendo proveniente de outros ramos jurídicos.

Aludida teoria, como visto, tem seus pontos positivos e negativos. De antemão, tem-se como um dos fatores positivos o fato de que fora desenvolvida especificamente para um determinado grupo de crimes, estando ao encontro da própria direção da norma.

Como uns dos pontos negativos, tem-se a possível insegurança jurídica acerca da natureza dos deveres de índole não penal³¹³, cuja descrição não é nítida no tipo penal, cabendo tal interpretação ao aplicador da lei. Ainda, tem-se uma possível expansão da responsabilização do sujeito qualificado, visto que basta a infração de um dever para que seja considerado autor do delito especial, pouco importando o grau de sua contribuição delitiva.

Em sentido diverso da teoria da infração de deveres, Bernd Schünemann apresentou a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado a fim de servir como um arcabouço teórico para a identificação da autoria em todas as espécies de delito, a partir de um conceito tipológico baseado em diferentes graus de domínio.

Em síntese, mencionada teoria se guia a partir de duas formas de domínio: o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico e o domínio sobre a causa essencial

³¹³ O fato de Roxin ter considerado os deveres, objeto de proteção penal pelo tipo, de natureza também penal, não significa que esses deveres não sejam provenientes de outros ramos jurídicos, visto que é a essência desses deveres tratados em outros regulamentos que motivam a necessidade de proteção penal.

do resultado. Nos crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública, há uma situação de desamparo de um bem jurídico, advindo da relação que o próprio funcionário possui com o bem jurídico protegido, o qual é mais facilmente acessado por ele.

Nesse viés, verifica-se que não é a mera violação de um dever inerente da norma, mas sim o domínio sobre o desamparo do bem jurídico o critério fundamentador da autoria penal do sujeito qualificado.

Como praticamente toda teoria, a do domínio sobre o fundamento do resultado também recebeu críticas, principalmente relacionadas com o tratamento especial dado em cada caso concreto, pois, como visto, referida teoria tem como foco a realidade e o grau de domínio existente, pouco importando o *status* de um sujeito.

Para melhor visualização das duas teorias (infração de dever e domínio sobre o fundamento do resultado), neste trabalho elas foram aplicadas a um caso hipotético que envolveu a atuação de funcionários públicos no cometimento de crimes contra a Administração Pública, em duas situações diferentes: em uma com sujeitos atuando da mesma forma, ou seja, diretamente no resultado lesivo, em outra, com a atuação concreta de um funcionário público e a não atuação de outro funcionário que, por estar exercendo uma determinada função, recebeu também uma imputação penal.

Aplicando as duas teorias ora mencionadas, evidenciou-se que a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado parece ser a mais hábil a responder a problemática da autoria do sujeito qualificado, nas duas situações concretas.

Aludida teoria demanda um exame mais detalhado do aplicador do Direito, visto que foca no caso concreto em específico, não se baseando em elementos pré-determinados como fundamentais para identificação da autoria. Há, nitidamente, uma análise mais individualizada da conduta de cada agente, baseada, como dito, no grau de domínio do sujeito, e não em elementos estáticos como o *status* de um indivíduo.

É fato que a qualidade de funcionário público é objeto da norma, e, por isso, não pode ser desconsiderado. É por essa razão que se utiliza o critério do domínio sobre o desamparo do bem jurídico, cujo amparo é mais facilmente cumprido por quem detém as qualidades previstas no tipo penal, que no caso, é o funcionário público. Mas essa qualidade não é suficiente, é preciso que, na situação em específico, o sujeito tenha a real possibilidade de (des) amparar o objeto de proteção da norma.

A teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, mostra-se, pois, como importante ferramenta para a identificação da autoria penal do funcionário público no cometimento de crimes contra a Administração Pública, por trazer um equilíbrio entre os valores enunciados pela norma penal e a efetiva atuação do sujeito, respeitando, assim, os limites punitivos e a responsabilização individual.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 6/2014, ps. 274-284.

BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

BARDON, Carolina Bolea. **Autoría mediata en derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e de participação no Direito Penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BERRUEZO, Rafael. **Autoría y participación: desde una visión normativa**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Combate à Corrupção (Enccla)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/enccla>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2017

_____. **Estatísticas de processos e procedimentos que tenham por objeto crimes de corrupção**. Disponível em: <https://goo.gl/vRP4ki>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470-MG**, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. 17 de dezembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em HC 60077/PR**, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 09 e agosto de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1537995 / PE**, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. em 01 de dezembro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.397/BA**, Relator Min. Dias Toffoli, j. em 06 de dezembro 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo 1353191-0 (Acórdão)**, Relator Des. Ruy Alves Henriques Filho, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral, j. em 21 de julho de 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo 1424495-0 (Acórdão)**, Relator Ruy Alves Henriques Filho, 5ª Câmara Criminal, j. em 18 de agosto de 2016.

BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Criminal nº46448 SC 2005.04.01.046448-5**, Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 02 de julho de 2008, OITAVA TURMA.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **APCrim Nº 5083401-18.2014.4.04.7000/PR**, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 16 de agosto de 2017

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 0005671-89.2005.404.7110/RS**, Relator Des. Federal Márcio Antonio Rocha, j. 03 de março de 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5000214-57.2015.4.04.7201/SC**, Relator Des. Federal João Pedro Gebran Neto, j. 25 de janeiro de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal Nº 2000.72.01.002867-0/SC**, Relator Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, j. 10 de abril de 2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus Nº 5010560-05.2016.4.04.0000/PR**, Relator João Pedro Gebran Neto, j. 01 de junho de 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**, v. 7, p. 21-38, 1998

BURI, Maximilian Von. **Ueber Causalität Und Deren Verantwortung**. 1. Ed. Leipzig: Gebhardt, 1873. Disponível em http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/buri_causalitaet_1873. Acesso em 30 de outubro de 2017

CARVALHO, Mario Cesar. Teoria do Domínio do Fato não serve para corrupção, diz pesquisador. **Folha de São Paulo**, 26 de janeiro de 2018. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1953459-teoria-do-dominio-do-fato-nao-vale-para-corrupcao-diz-pesquisador.shtml> Acesso em 31 de janeiro de 2018.

CLAUS, Roxin. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. **La estructura de la Teoría del Delito**, trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997

CONTRERAS, Joaquín Cuello. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. **Indret**, v. 1, p.1-28, 2011.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva, **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2012

DANGELO, André Scheller. Estado del arte sobre los conceptos de autoría y participación en la legislación penal colombiana. **Memorias**, v. 8, n. 14, 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007

DÍAZ, Miguel; CONLLEDO, García. **La autoría en derecho penal**. Barcelona: PPU. 1991.

_____. Autoría y participación. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 10, p. pp. 13-61, 2008

DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. 2ed., ampl., y prof., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2002

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Autoría y delitos especiales. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in**, 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy. La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. **Revista de derecho penal y criminología**, 2 v, núm. 9, 2002, págs. 103-140

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. 2ed. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2012

GLOBO, Agência. Lava-jato tem 79 inquéritos e seis acções penais nas mãos de Fachin. Valor Econômico, São Paulo, 05 de outubro de 2017. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/5146052/lava-jato-tem-79-inqueritos-e-seis-aco-es-penais-nas-maos-de-fachin> Acesso em: 20 novembro de 2017.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Los delitos especiales**. Tese de doutorado em Direito – Departament de Dret Penal i Ciències Penals, Universitat de Barcelona, 2003

GRACIA MARTÍN, Luis. **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. Barcelona: Bosch, 1986.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **Claus Roxin 80 anos**. Revista Liberdades, n. 7, maio-agosto de 2011. Disponível em <https://goo.gl/oQd1Qm>. Acesso em 25 de julho de 2016

_____. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 7-8/2015, ps. 386-393

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Luís Greco... et alii (org). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General**. Marcial Pons, Madrid, 1997

_____. El caso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: **El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal**. Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000, p. 87-120. Grijley, 2000

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4ed., corr., y ampl., Trad. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

JOSÉ, Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2007

KAUFMANN, Armin. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, 1984, vol. 37, n. 1, p. 5-22

LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal**. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Luís Greco... (et alii). São Paulo: Marcial Pons, 2014

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general**. 7.ed., actualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf, traducción por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1994-95

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012

MÉNDEZ MEINI, Iván Fabio. El "actuar en lugar de otro" en el derecho penal peruano. **Nuevo Foro Penal**, Diciembre 1999, Nº 62

MENDOZA AYMA, Francisco Celis; MENDOZA YANA, Daniel. **Formalismo y "los diarios chicha": Los Límites de la Teoría de la Infracción del Dever Extrapenal y el Fundamento material de la autoría**. Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/357983331/Articulo-Sobre-Los-Limites-de-La-Infraccion-Del-Deber-Extrapenal-1>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

_____. MENDOZA AYMA, Francisco Celis. **La exigência del dominio sobre el fundamento del resultado como critério delimitador de la intervención delictiva**

em los delitos contra la administración pública desde una perspectiva funcionalista reductora en el Perú. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, 2016

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ed., rev., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1946

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**; trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTAÑO, Carlos. Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal Parte General** 8. ed., rev., Valencia: Tirant lo blanch, 2010

NOTÍCIAS JURÍDICAS, **Base de dados art. 446 do Código Penal Espanhol.** Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t20.html>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017

ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de Infracción de Deber.** Madrid: Dykinson, 2008

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais.** São Paulo: IBCCRIM, 2011

PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. **Revista penal**, n. 29, p. 167-177, 2012.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Los delitos de sujeto especial y la teoría de la participación.** Editorial Cymys, Barcelona, 1974.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Autoría y participación.** Madrid: Akal.1998

RAMOS, Enrique Peñaranda. **La participación en el delito y el principio de accesoriedad.** Madrid: Tecnos, 1990

ROJAS VARGAS, Fidel. **Delitos contra la administración pública.** 4ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007

ROJAS, Alvaro Castañeda; OCHOA, Roxana Luz. **Autoría y participación en los delitos especiales.** Universidad Peruana Los Andes. Nuancaya, 2015.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. 6 ed. Madri: Marcial Pons, 1998.

_____. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata.** Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología", de la

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Tradução do original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” por Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada).

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. **Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal.** Granada: Editorial Comadres, 2010

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. **Lima-Perú: Editorial Iustitia**, 2011.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Delito de infracción de deber y participación delictiva.** Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002

_____. **Delito de infracción de deber.** In: El funcionalismo en derecho penal libro homenaje al profesor Günther Jakobs, p. 271-289. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. A Influência de Max Weber. **Revista Crítica Jurídica**, nº 24, p. 21-50, jan/dez 2005

SCHUNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría.** Título original: Die Herrschaft über den Grund des Erfolges als gemeinsame sachlogische Grundlage aller Täterschaftsformen. Trad. MARIANAS ACHER, prof. ayudante de la Universidad de Múnich

_____. El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. *In*: Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos, 2002

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino: tomo I.** Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general, I: el hecho punible.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, Hammurabi, 2005

STURM. **Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert** (tesis doctoral), Freiburg, 1939

TOSTE, Yan Vera. **Autoría y participación.** Havana: Editorial Unijuris 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, **About.** Disponible em: <https://www.transparency.org/about>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017

_____, **Corruption Perceptions Index 2016.** 25 January 2017. Disponible em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

VÉLEZ, Susana Escobar. El “actuar en lugar de otro” en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. **Cuadernos de Investigación**, n. 44, 2012.

VIOLIN, Tarso Cabral. Da Admsitração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 7, n. 30, p. 225-247, 2007

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Trad. por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956