

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC-SP**

**Cícero Robson Coimbra Neves**

**Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro: concurso,  
autoria colateral ou fato penalmente irrelevante?**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC-SP**

**Cícero Robson Coimbra Neves**

**Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro: concurso,  
autoria colateral ou fato penalmente irrelevante?**

**MESTRADO EM DIREITO**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.**

**São Paulo**

**2008**

Banca Examinadora

-----

-----

-----

## **Dedicatória**

*Para Luciana e Carolina ("Cacá"), esteio de minha vida, razão de meu crescimento e motivo de minha felicidade.*

## **Agradecimentos**

Como não poderia de outra forma ser, inicialmente, a nosso Deus, Todo-Poderoso, por nos ter premiado com o sopro da vida.

Aos meus pais, que me conceberam e forjaram meu caráter com extrema dignidade.

Ao dileto Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques, ilustre Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cujas lições, verdadeiras fontes inspiradoras, e a firme orientação foram fundamentais na realização desta obra.

Aos caríssimos amigos e sempre incentivadores André Vinícius Espírito Santo de Almeida, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Jorge César de Assis e Ronaldo João Roth, cuja amizade e as sempre preciosas lições tornaram menos árdua a jornada enfrentada.

## Epígrafe

“(...) Para o adepto das luzes, o termo e o conceito ‘povo’ sempre conservam qualquer traço de arcaico, inspirador de apreensões, e ele sabe que basta apostrofar a multidão de ‘povo’ para induzi-la à maldade reacionária. Quanta coisa não aconteceu diante de nossos olhos, em nome do povo, e que em nome de Deus, da Humanidade ou do Direito nunca se deveria ter consumado!”

Thomas Mann, *in Doutor Fausto*

NEVES, Cícero Robson Coimbra. ***Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro: concurso, autoria colateral ou fato penalmente irrelevante?*** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

**Orientador: Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.**

## RESUMO

Em linhas gerais, a presente pesquisa tem o escopo de estudar amiúde qual a responsabilidade do garantidor de um bem jurídico, ou seja, aquele que tem o dever de impedir o resultado típico, quando, em face de um ato delitivo de um terceiro, não age para obstar a lesão ao objeto de tutela penal. De modo geral, a doutrina tem assentido na ocorrência de concurso de pessoas, em que o garantidor seria responsabilizado por participação, sob a forma de cumplicidade, marcando-se a chamada “participação por omissão”. Essa visão, no entanto, em simples fórmula como a doutrina pátria tem colocado, não parece estar em sintonia com o princípio reitor da culpabilidade, exigindo-se um estudo mais acurado, que possa fundamentar com maior robustez se a omissão do garantidor, primeiro, deve ou não ficar no espectro do Direito penal e, segundo, em estando abarcada por esse ramo do Direito, se a adequada responsabilização deve-se dar a título de co-autoria ou da participação. Mais ainda, o presente estudo tem o objetivo de estudar a realidade apresentada do enfoque de duas legislações penais vigentes: o Código Penal comum e o Código Penal Militar, as quais possuem orientações sistêmicas diferentes. Nesse propósito, serão assentadas, em sede introdutória, as premissas do trabalho, consignando-se a evolução da teoria do delito desde o sistema denominado causal (clássico) até os atuais sistemas funcionais, de mote normativo, em especial na visão de Günther Jakobs e de Claus Roxin. Dada a diversidade sistêmica, o deslanche da pesquisa seria inviável sem que houvesse a eleição de um sistema reitor que possa, inclusive, orientar a compreensão dos dogmas da ciência penal no Direito penal militar, elegendo-se, dessarte, o sistema idealizado por Hans Welzel: o finalismo. Como se percebe, rico é o caminho a ser perseguido, sendo o objetivo da presente pesquisa não só solapar algumas dúvidas, mas também indicar que a simplicidade com a qual certos temas são hoje tratados pela doutrina merece revisão, um giro de idéias que possa, com o foco no princípio do *nullum crimen sine culpa*, buscar soluções mais justas.

**Palavras-chave: omissão penalmente relevante, participação por omissão, culpabilidade, garantidor. Direito penal militar.**

NEVES, Cícero Robson Coimbra. ***Guarantor's omission in the event of primary obligor's failure to meet an obligation: Concerted action, unlawful act without prior agreement between offenders, or a criminally irrelevant act?*** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007 (LL.M dissertation / Criminal Law / Social Relations Law).

**Advisor: Professor Oswaldo Henrique Duek Marques, LL.D.**

## **ABSTRACT**

This paper aims to examine to what extent a security guarantor or surety should be deemed responsible in the event that the primary obligor or principal fails to meet an obligation to which he/she is bound and thus enters default or delinquency. On the grounds of general legal theory and principles, this should be understood as a case of concerted action whereby the guarantor's liability arises from complicity and participation, and thus engages in the so-called "participation by omission" (*i.e.* failure or breach of a duty to act). While on one hand it is found to be applicable as a normative convention by Brazilian law, on the other hand such understanding appears to be incompatible with basic principles of culpability. More careful study is required in order to find out whether a guarantor's omission should be interpreted under the principles of criminal law and, if such is the case, whether this should be understood as concerted action or participation. This paper further aims to focus on real cases pursuant to two currently applicable criminal codes relying on different procedural guidelines, namely Ordinary Criminal Law and Military Criminal Law. The introduction chapter outlines the premises in this paper and describes the criminal offence theory ranging from a system referred to as causal (*i.e.* classical) up to currently functional systems, of normative nature, particularly those as understood by Günther Jakobs and Claus Roxin. Given the several systems implied, this research required a guiding principle that could, among other things, help to understand criminal science dogmas in military criminal law. The system devised by Hans Welzel, *i.e.* finalism, was then regarded as the most suitable guiding principle. Since there is a long way still to go, this research aims not only to resolve some doubts, but also to point out that some of the issues that are currently covered by legal theory and principles should be reconsidered with a view to searching for more appropriate and fairer solutions on the grounds of the *nullum crimen sine culpa* principle.

**Palavras-chave: omissão penalmente relevante, participação por omissão, culpabilidade, garantidor. Direito penal militar.**

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 DEFINIÇÃO DE PREMISSAS .....</b>	<b>19</b>
1.1 OS SISTEMAS PENAIIS .....	19
1.1.1 O causalismo clássico .....	24
1.1.2 O causalismo neoclássico .....	27
1.1.3 O finalismo.....	30
1.1.3.1 O finalismo e a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime .....	35
1.1.4 O funcionalismo penal .....	38
1.1.4.1 O funcionalismo penal de Claus Roxin.....	39
1.1.4.2 O funcionalismo penal de Günther Jakobs.....	44
1.1.5 A exaltação da “revolução welzeniana” .....	52
1.1.6 O sistema adotado no Código Penal Militar.....	52
1.1.7 O sistema adotado no Código Penal comum .....	54
1.1.8 A negação do Funcionalismo como premissa do trabalho .....	57
1.1.9 O Direito Penal Militar e a possibilidade de aplicação de uma moldura finalista .....	66
1.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE.....	67
1.2.1 O afastamento do Direito penal de duas velocidades do âmbito da presente pesquisa .....	69
1.3 PRINCÍPIOS REITORES DO TRABALHO .....	70
1.3.1 Princípio da legalidade .....	70
1.3.2 Princípio da culpabilidade.....	72
<b>2 OMISSÃO IMPRÓPRIA .....</b>	<b>75</b>
2.1 O CRIME OMISSIVO.....	75
2.1.1 Concepções negativas .....	75
2.1.2 Concepções positivas.....	84

2.1.3	Conceito de omissão na doutrina brasileira.....	87
2.1.4	Tomada de posição .....	91
2.1.5	Formas de condutas omissivas .....	94
2.1.5.1	Crimes omissivos próprios.....	96
2.1.5.2	Crimes comissivos por omissão .....	101
2.1.5.3	Crimes omissivos por comissão: terceira espécie de crime omissivo? ....	116
2.1.6	Nexo causal nos delitos omissivos .....	117
2.1.7	Tentativa nos delitos omissivos .....	120
2.1.8	Antijuridicidade e culpabilidade nos delitos omissivos.....	121

### **3 CONCURSO DE PESSOAS E AUTORIA COLATERAL .....122**

3.1	CONCURSO DE PESSOAS.....	122
3.1.1	Conceito de autoria.....	122
3.1.2	Co-autoria e participação.....	133
3.1.2.1	Co-autoria.....	133
3.1.2.2	Participação.....	138
3.1.3	Requisitos do concurso de pessoas .....	144
3.1.3.1	Pluralidade de condutas .....	144
3.1.3.2	Relevância causal das condutas .....	145
3.1.3.3	Liame subjetivo.....	146
3.1.3.4	Identidade de fato criminoso.....	148
3.1.4	Concurso de pessoas e o crime culposos .....	149
3.1.5	A “participação” de um dos co-delinqüentes em crime menos grave, com e sem a previsibilidade do pior resultado.....	151
3.1.6	A figura dos “cabeças” no Direito Penal Militar.....	154
3.1.7	Cooperação sucessiva .....	154
3.1.8	“Autoria incerta” no concurso de pessoas .....	157
3.1.9	Classificação dos delitos com base no concurso de pessoas .....	158
3.1.10	Comunicação das circunstâncias pessoais elementares do tipo penal .....	159
3.2	AUTORIA COLATERAL.....	160

### **4 DA “PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO” E SEUS PROBLEMAS PRÁTICOS.....162**

4.1	Introdução ao capítulo .....	162
-----	------------------------------	-----

4.1.1	A retomada de alguns pontos relevantes .....	162
4.1.1.1	Conceito de omissão .....	162
4.1.1.2	Estrutura do tipo penal objetivo da omissão imprópria .....	163
4.1.1.3	O tipo subjetivo da omissão imprópria.....	164
4.1.1.4	Nexo causal nos delitos omissivos impróprios .....	164
4.1.1.5	Antijuridicidade e culpabilidade na omissão imprópria .....	164
4.1.1.6	Requisitos do concurso de pessoas .....	165
4.2	A VISÃO DOMINANTE NA DOCTRINA ACERCA DO TEMA .....	165
4.3	RESPOSTA ÀS INDAGAÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	168
4.4	PROBLEMAS PRÁTICOS RELEVANTES.....	169
4.5	A CONSEQÜÊNCIA DA ADOÇÃO DAS VERTENTES NOS PROBLEMAS PRÁTICOS .....	170
4.5.1	Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como co-autoria dos vários concorrentes (a visão de Cezar Roberto Bitencourt) .....	170
4.5.2	Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como autoria colateral (a visão de Juarez Tavares e de Nilo Batista) .....	171
4.5.3	Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como participação por omissão sem especial atenção ao liame subjetivo (a visão de Juarez Cirino dos Santos e de Guilherme de Souza Nucci) .....	171
4.5.4	Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como fato irrelevante penalmente.....	172
4.5.5	Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como participação por omissão com especial atenção ao liame subjetivo (a visão de Nélon Hungria e de Edgard Magalhães Noronha) .....	172
4.6	PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO EM SINTONIA COM O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: TOMADA DE POSIÇÃO .....	173
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>177</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>180</b>

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho, como o título sugere, busca explorar a figura da omissão penalmente relevante nos casos em que o omitente não esteja isolado no pólo ativo do delito, ou seja, a conduta de terceiro não obstada por aquele que, por alguma das hipóteses do § 2º do art. 13 do Código Penal, ou do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, tinha o dever de impedir o resultado.

O tema, de grande importância, pode ser analisado a partir das seguintes indagações: **Em que termos dar-se-á a responsabilidade penal do garantidor na omissão penalmente relevante, quando anuí em um comportamento delituoso de terceiro? Há concurso de pessoas, autoria colateral ou fato irrelevante penalmente? Em havendo concurso de pessoas, estaremos diante de co-autoria ou de participação? Caso o fato não possa ser responsabilizado penalmente, qual a fundamentação que arrima tal situação (atipicidade do fato, exclusão da culpabilidade etc.)?**

O desenvolvimento do trabalho compreenderá o estudo detido de dois pontos do Direito penal (comum e militar), quais sejam, a omissão imprópria e o concurso de pessoas.

Com efeito, ambos os temas já foram esmiuçados pela doutrina pátria e alienígena, contudo, as abordagens encontradas os tratam de forma isolada ou, quando muito, posicionam-se em favor de uma participação por omissão, sem que haja a adequada investigação científica acerca dos requisitos necessários ao concurso de pessoas<sup>1</sup>.

Anota Mirabete que o concurso de pessoas pode realizar-se por meio da co-autoria e da participação. Aponta, ainda, como requisitos para o reconhecimento

---

<sup>1</sup> À guisa de exemplo, citemos Cezar Roberto Bitencourt, que em sua obra, sob a rubrica do “Concurso em crimes omissivos”, não discorre profundamente sobre a temática, limitando-se apenas a distinguir a participação em crime omissivo da participação por omissão em crime comissivo, Cezar Roberto BITENCOURT. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 395.

do concurso, a pluralidade de condutas, a relevância causal de cada uma das ações, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade do fato<sup>2</sup>.

Os requisitos supracitados não carecem, por ora, de explicação mais acurada, no entanto, em um deles parece residir o centro da problemática: **o liame subjetivo**.

Assente a doutrina no fato de o liame subjetivo prescindir do prévio ajuste, bastando a consciência ou a vontade de cooperar. Essa consciência, no entanto, não vem sendo devidamente explorada, a ponto de poder ser delineada como um vínculo recíproco entre os concorrentes para o delito (bilateral) ou apenas de um deles para com o outro (unilateral). Em outros termos, a exata definição do liame subjetivo poderá confirmar o entendimento pela existência de concurso de pessoas ou, ao contrário, de autoria colateral.

Esse “claro doutrinário” deve ser preenchido pelo estudo freqüente dos temas em correlação específica, como aqui se propõe.

A relevância do problema indicado é clara quando se compreende que o concurso de pessoas constitui circunstância a influir na dosimetria da pena, porquanto importa maior reprovabilidade da conduta apreciada.

Nesse sentido, o Código Penal comum, que, em seu art. 62, dispõe sobre as circunstâncias agravantes específicas para o concurso de agentes:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:  
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;  
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;  
III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;  
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

A definição da matéria no Estatuto Repressivo em relevo poderá até mesmo significar causa genérica de diminuição de pena, como no caso da participação de menor importância grafada no § 1º do art. 29. Nesse caso, para confirmar-se a possibilidade, dever-se-á inicialmente concluir pela ocorrência de

---

<sup>2</sup> Júlio Fabbrini MIRABETE. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1, p. 227 a 231.

concurso de pessoas para, só então, discutirem-se a co-autoria e a participação (de menor importância ou não).

Também é preciso considerar a relevância do tema no Direito penal castrense, mormente porque se aplica aos militares dos Estados, gênero de agentes públicos em que se encontram os policiais militares e os bombeiros militares, quotidianamente em serviço de preservação da ordem pública, em alinhamento ao mister constitucional grafado no art. 144 da Lei Maior.

A sistemática apresentada pelo Código Penal Militar é semelhante à traçada pelo Código Penal comum. Nesse aspecto, dispõe o art. 53 do Estatuto Repressivo Castrense:

§ 2º A pena é agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

§ 3º A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de menor importância.

Há, entretanto, uma diferença muito interessante a ser considerada no Código Penal Militar, concernente à figura daquele que lidera o movimento criminoso coletivo ou que seja oficial<sup>3</sup> e concorra para o delito, ressaltando-se que ambas as circunstâncias devem ser restritas aos crimes de concurso necessário. Trata-se da figura do “cabeça”, que, na estrutura do Código Penal Militar, possui reprovabilidade acentuada.

Acerca dos “cabeças”, dispõem os parágrafos 4º e 5º do próprio art. 53, na seguinte conformidade:

§ 4º Na prática de crime de autoria coletiva necessária, reputam-se cabeças os que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação.

§ 5º Quando o crime é cometido por inferiores e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficial.

---

<sup>3</sup> Na distribuição hierárquica das instituições militares, há uma grande divisão entre oficiais e praças, que comporta ainda subdivisões. Os Oficiais são aqueles que possuem posto e patente incluindo, por exemplo, na Polícia Militar do Estado de São Paulo, o segundo-tenente, o primeiro-tenente, o capitão, o major, o tenente-coronel e o coronel. Esses postos sofrem disposição diversa nas Forças Armadas e podem ser alterados com a supressão de um ou mais postos nas milícias estaduais, conforme permite o Decreto-lei n. 667, de 2 de julho de 1969.

A maior reprovabilidade sobre os “cabeças”, entretanto, não se manifesta na Parte Geral do Código Penal Militar, mas na Parte Especial, mais especificamente no preceito secundário dos tipos penais plurissubjetivos. Como exemplo clássico, o art. 149, ao tratar do crime de motim, dispõe:

Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados:

I - agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la;

II - recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência;

III - assentindo em recusa conjunta de obediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior;

IV - ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência a ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar:

Pena - reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças (g. n.).

A toda a discussão supra, tanto no Código Penal comum quanto no militar, acrescente-se a questão da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, que são, ao mesmo tempo, elementares do tipo penal focado (art. 30, do Código Penal comum e art. 53, § 1º, segunda parte, do Código Penal Militar).

Em sentido oposto ao concurso de pessoas, a autoria colateral não traz relevância, no que concerne à pluralidade de pessoas no pólo ativo, para a reprovação penal. Em outros termos, a perpetração de um delito por duas pessoas, sem que uma saiba da outra, por exemplo, não significará agravação ou atenuação da sanção penal. Entretanto, poderá significar que o garantidor responderá por delito mais grave. Assim, *e.g.*, a enfermeira responsável por um berçário, ao ver a mão do recém-nascido estrangula-lo e ao quedar-se inerte, responderá, se firmada uma autoria colateral, por homicídio e não por infanticídio, já que a ausência do concurso de pessoas obsta a comunicação de elementares típicas.

Contudo, uma outra possibilidade deve ser avaliada contrariando a responsabilização penal, qual seja, a possibilidade de a omissão do garantidor não ingressar no âmbito do fato punível, restando apenas a responsabilização extra-penal, disciplinar, por exemplo, no caso de um militar do Estado.

Em resumo, portanto, para a correta aplicação da pena, é essencial definir a exata configuração da omissão imprópria em face da pluralidade de condutas,

atendendo-se, assim, ao princípio da culpabilidade, atual “reitor-mor” da responsabilização penal. Também é necessário, para partir-se em busca de uma solução adequada, que se avalie a possibilidade de o fato não constituir fato punível penalmente, merecendo somente a reprovação de outro ramo do Direito.

A linha central deste estudo, como se pode verificar, é esmiuçar, principalmente com base na doutrina pátria, os dois institutos, quais sejam, a omissão imprópria e o concurso de pessoas, buscando situar, com isso, como deve dar-se a responsabilização penal, se é que ela poderá existir, daquele que, ao portar-se de forma omissiva, possuindo o dever de agir e podendo fazê-lo, colabora para a prática de um delito por terceiro.

A título de exemplo, imagine-se um grupo de policiais militares que, presenciando um furto de automóvel, quedam-se inertes e não impedem a ação do furtador, ainda que a superioridade numérica, o poder de fogo, a distância do fato, enfim, todas as circunstâncias fossem favoráveis à ação dos militares do Estado. Em havendo a prisão, a posteriori, do autor do furto, e sendo descoberta nos autos do processo a omissão dos policiais militares, como deve-se dar a responsabilização destes?

O **objetivo da pesquisa**, portanto, concentra-se em definir a responsabilização do sujeito ativo em face de sua omissão sobre fato de terceiro que se constitua em delito que lese bem jurídico do qual era garantidor. Em outras palavras, deve haver a responsabilização penal? Em havendo a responsabilização pela *ultima ratio*, deve ela se dar a título de concurso de pessoas, podendo a pena ser agravada, ou mesmo atenuada, se a participação for de menor importância, ou deverá responder simplesmente como autor do delito, havendo, pois, nada além de uma autoria colateral?

Afiguram-se, dessa forma, três hipóteses: apenas a responsabilização extra-penal, a responsabilização penal em concurso de pessoas ou a responsabilização penal com base na autoria colateral.

Com o escopo de bem conduzir o trabalho e de chegar-se a uma conclusão viável, o desenvolvimento do tema será seccionado em capítulos que

terão correlação entre si e construirão, paulatinamente, o raciocínio para a devida exploração.

No primeiro capítulo serão dadas as bases do trabalho no que concerne às suas premissas. Nesse ponto, buscar-se-á delimitar o campo de raciocínio da pesquisa centrada no Direito penal tradicional, concebido por Silva Sánchez como de primeira velocidade afeto ao Direito penal “da prisão”<sup>4</sup>, afastando-se da pesquisa, portanto, o Direito penal de duas velocidades e o Direito penal do inimigo, fruto das idéias de Günther Jakobs. Ainda nesse capítulo, será demonstrada a necessidade de o trabalho prender-se a postulados de influência “welzeniana”, sendo afastado, destarte, o funcionalismo penal, ao menos para o que se propõe no trabalho. Em conclusão, como o trabalho tem a pretensão de abordar o tema do enfoque do Direito penal comum e do Direito penal militar, será esmiuçada a dicotomia existente entre esses dois ramos do Direito, verificando-se a possibilidade de o finalismo influenciar a solução de problemas até mesmo em um diploma causalista, como o Código Penal Castrense<sup>5</sup>. Ainda no capítulo inaugural, far-se-á a incursão pelos princípios da legalidade e da culpabilidade com suas nuances, posto terem sido eles eleitos princípios reitores da responsabilização penal.

No segundo capítulo terá início a incursão pela omissão imprópria, não sem antes discutir-se o delito omissivo de forma genérica. Nesse ponto, haverá a explanação sobre os elementos integrantes da omissão penalmente relevante, de modo a possibilitar a análise mais acurada dos problemas apresentados pela pesquisa.

A seguir, no capítulo terceiro, o foco de análise será o concurso de pessoas, com suas espécies da co-autoria e da participação, e a autoria colateral. Obviamente, o início do raciocínio será nas teorias da autoria, que fornecerão uma sólida base para compreender as futuras ilações. O ponto central da pesquisa, já apontado, será então detalhado, quando se concluirá se o liame subjetivo deve ser

---

<sup>4</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. Tradução para a Língua Portuguesa de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 148.

<sup>5</sup> A palavra “castrense” origina-se, como ensina Ronaldo João Roth, pelas palavras de Reynaldo Moreira Miranda, do vocábulo *castra, castrorum* do latim, que “significa acampamentos (...), isto é, o incipiente e primitivo ‘direito romano-militar’ – o jus castrensis – se exercia, de preferência, nos

apenas unilateral ou, ao contrário, somente será reconhecido em face da bilateralidade.

Em última abordagem antes da conclusão, um capítulo específico (quarto capítulo) buscará compreender exatamente aquilo que a doutrina intitulou participação por omissão, buscando confirmar ou não a tese de delito em concurso de pessoas e enumerando os problemas em adotar-se essa visão, ou as outras vias – entendendo a situação em relevo como autoria colateral ou como fato penalmente irrelevante. À guisa de exemplo, em se entendendo que há concurso de pessoas, como ficará a responsabilidade penal do terceiro (autor) em face das agravantes específicas do concurso de pessoas? Por outro lado, em se firmando pela autoria colateral, como será possível responsabilizar o garantidor em determinados delitos próprios, se não serão comunicáveis as circunstâncias pessoais? É possível que a situação em foco seja fato penalmente irrelevante?

Em sede conclusiva, pretende-se firmar posição mais adequada, sem que haja lesão ao princípio da culpabilidade, mas também sem que sejam admitidos “vácuos” absurdos de punibilidade.

Como se pode notar, o caminho a percorrer é por demais acidentado e, por isso, de difícil transposição. Contudo, assim se espera, haverá ao final a saborosa recompensa de, se não dirimida por completo a questão, terem sido, ao menos, lançadas as bases e idéias que possibilitarão aos sucessores na investigação do tema uma discussão em um nível além do atualmente encontrado na doutrina.

# DEFINIÇÃO DE PREMISSAS

## 1.1 OS SISTEMAS PENAIIS

Antes de enfrentar o tema proposto na presente pesquisa, é de vital importância que sejam lançadas bases sólidas para sua edificação, por meio de um estudo preliminar, sem a pretensão de aprofundamento extremo, que dê as raias de condução do estudo em desenvolvimento e, nesse mister, é fundamental explorar pontos relevantes dos sistemas penais no curso histórico, posicionando os dois diplomas analisados na pesquisa – o Código Penal e o Código Penal Militar – nesse contexto evolutivo.

Um **sistema**, genericamente entendido, é uma unidade dos diversos conhecimentos organizados sob uma idéia central ou, como ilumina Paulo de Barros Carvalho, em seu significado de base, “aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema”<sup>6</sup>.

Assim, os sistemas penais, fruto da construção dogmática, consistem em postulados organizados a partir de uma idéia reitora, formando uma unidade sistêmica que possibilitará melhor compreender a realidade jurídica.

A principal preocupação dos sistemas penais foi – e é – chegar a um conjunto de postulados concatenados, que possam sintetizar a idéia de delito, ou seja, investiga-se amiúde o conceito de crime, em sentido genérico (comportando tanto o crime propriamente dito como a contravenção penal).

---

<sup>6</sup> Paulo de Barros CARVALHO. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79.

Fundamental, em sede preliminar, exaltar a difícil tarefa **dogmática** em definir o delito, posto que a legislação penal, em seu todo, não conceitua crime, tarefa que ficou a cargo da doutrina.

A propósito da indicação supra, é mister definir o que se pode entender por dogmática, diferenciando-a da política criminal.

“Dogmática” origina-se do vocábulo grego “dogma”, que significa opinião, disposição, proposição doutrinária, concluindo-se que a dogmática é a ciência dos dogmas<sup>7</sup>. Nessa esteira, **dogmática penal** pode ser definida como a disciplina que cuida da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e da opinião da doutrina científica no âmbito do Direito penal<sup>8</sup>. É, em suma, a disciplina que cuida da interpretação da lei penal e de sua compreensão doutrinária, possibilitando o acesso aos postulados do Direito penal posto, de forma sistematizada.

O fato de atrelar-se aos dispositivos penais não impõe à dogmática que se desenvolva de maneira acrítica, mas, ao contrário, exige que a norma seja acessada, compreendida e, se necessário, criticada, rogando-se por sua alteração. Para aclarar o exposto, tomem-se as lições de Arthur Kaufmann:

“A dogmática é, segundo Kant, << o procedimento dogmático da razão pura, sem uma crítica prévia de sua própria capacidade>>. O dogmático parte de pressupostos que assume como verdadeiros, sem, porém, dispor de provas dessa veracidade. Ele pensa *ex datis*. O que é afinal o direito? Em que circunstâncias, em que medida e de que forma existe conhecimento do direito? – o dogmático do direito não se põe perante estas perguntas. Isto não significa, necessariamente, que a dogmática jurídica proceda acriticamente. Contudo, mesmo quando adopta uma postura crítica, nomeadamente na análise de uma norma legal, o argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado. No quadro da dogmática jurídica, esta atitude é inteiramente legítima. Ela só se torna perigosa quando recusa o modo de pensar não dogmático (meta-dogmático) da filosofia do direito por este ser <<desnecessário>>, <<meramente teórico>> ou, até, <<não científico>> (...)”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Claus ROXIN. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução para o Espanhol e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, t. I, p. 192.

<sup>8</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>9</sup> Arthur KAUFMANN e Winfried HASSEMER. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução para a Língua Portuguesa de Marcos Keel e de Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 26.

A política criminal, diversamente, não se prende aos postulados trazidos pela lei penal positiva, mas busca a melhor forma de solucionar os conflitos surgidos no âmbito penal, buscando sua perene evolução. Ocupa-se da questão de como melhor conduzir o Direito penal para que possa ele cumprir sua missão principal de proteger a sociedade. Nesse mister, postula qual a melhor forma de redigir as características dos tipos penais para corresponder à realidade dos delitos, ocupando-se de qual o efeito das sanções penais aplicadas para o Direito criminal e da definição do limite do poder de criminalização dado ao legislador<sup>10</sup>, constituindo-se, assim em um programa, mais ou menos severo, conforme as influências vigentes no momento de sua definição.

Sintetizando a diferenciação, pode-se sustentar que a dogmática é a disciplina que estuda o Direito penal existente – “Direito penal como é” –, enquanto a política criminal é a disciplina do Direito penal idealizado de acordo com um fim proposto – “Direito penal que deveria ser”<sup>11</sup> –, estando as duas ligadas por um círculo sem solução de continuidade, em que a política criminal define os principais postulados dando origem à legislação positivada que será absorvida pela dogmática. Esta, com base nas realidades existentes (“ocorrência” e “norma”), adequadamente formulará sua crítica, donde podem surgir novos movimentos de política criminal. Todo esse movimento somente é possível pela instrumentalização dada pela Filosofia do direito.

É exatamente desse movimento crítico-racional que surgem as postulações afetas ao Direito penal, ao que se convencionou chamar de **doutrina**, mormente no que concerne à observação e à absorção do conceito do delito, no bojo do estudo da “teoria geral do crime”, tema central dos **sistemas penais**. Assim, a **dogmática**, fruto de uma política criminal determinada, organiza e sistematiza os postulados penais, de modo a gerar um sistema que refletirá, sumariamente, uma época de estudo do Direito penal. Cumpre à **doutrina** entrelaçar a ambas, dogmática e política criminal, buscando o melhor desenvolvimento dos postulados do Direito repressivo.

---

<sup>10</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Tradução para a Língua Espanhola de Miguel Ormedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 24.

<sup>11</sup> Claus ROXIN. *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 192.

Pois bem, voltando ao conceito de crime, costuma-se doutrinariamente apresentá-lo a partir de três visões distintas: formal, material e analítica.

O **conceito formal** de crime surge do confronto puro e simples entre a conduta real e a norma incriminadora, bastando dizer que crime é toda e qualquer violação, registrada pela lei penal, a que se impõe uma pena. Obviamente, essa conceituação ignora o critério dicotômico vigente no Brasil, grafado na Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 1º, segundo o qual as infrações penais previstas na legislação penal constituem-se em gênero que comportam duas espécies: contravenção penal e crime.

Há conceitos que focam apenas o aspecto externo do delito, seja em virtude de seu efeito danoso em relação a bens essenciais ao convívio social, de sua contrariedade com o conjunto ético-moral, ou mesmo em razão do momento psíquico do autor do fato. Trata-se do conceito de crime sob a visão **material** ou **substancial**.

Os vários exemplos de conceito substancial de crime enfocam preferencialmente o bem jurídico-penal e, nesse sentido, apontam-se algumas definições: "... crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a *ofensa ao bem jurídico*, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela"<sup>12</sup>; "Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena"<sup>13</sup>; "(...) crime como o *ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado* pela lei penal. E ao conceituarmos bem jurídico como objeto específico sobre o qual recai o atuar criminoso, saímos do puro domínio lógico-formal e damos ao conceito do crime um conteúdo em conjunção com a realidade da vida social, em que têm de inspirar-se as definições e a aplicação do Direito Penal"<sup>14</sup> etc.

Todavia, como adverte Cezar Roberto Bitencourt, "os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma

---

<sup>12</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. I, p. 97.

<sup>13</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176.

<sup>14</sup> Aníbal BRUNO. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t.I, p. 175.

análise dos elementos estruturais do conceito de crime”<sup>15</sup>, o que exigiu um estudo essencial do delito, a ponto de fomentar, ainda que didaticamente, sua decomposição em elementos.

Nasce o **conceito analítico** de crime, que encontra seu início – apesar de possuir antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732) – com Carmignani, em 1833, para quem a ação delituosa era, em sua essência, a composição de uma força física e outra moral<sup>16</sup>. Com esse conceito, marcado por elementos organizados sob uma mesma idéia reitora, evidencia-se, naturalmente, a concepção de um **sistema penal**.

A primeira construção de Carmignani conduzia a um modelo bipartido, composto de elementos objetivos e subjetivos, sendo posteriormente complementado por Beling, em 1906, ao introduzir o elemento da tipicidade<sup>17</sup>.

Em outro passo evolutivo, a dogmática passou a sistematizar a conceituação em três elementos básicos – o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade –, que são o centro de discussão dos sistemas penais surgidos até meados do século passado, a saber, o **causalismo** e o **finalismo**.

Na segunda metade do século XX, no entanto, inaugurou-se uma “nova” visão do Direito penal, focada nos fins e funções do próprio Direito, surgindo o **funcionalismo penal**, sem dúvida alguma um rompante sobre influência da filosofia da existência<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

<sup>16</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>17</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>18</sup> Filosofia da existência, ou Fenomenologia existencial, consiste em um contraponto da metafísica e resume-se em uma vertente que considera como “realidade fundamental a existência humana, compreendida segundo sua radical e contingente finitude (e não segundo a essência metafísica da natureza humana); por oposição à metafísica tradicional, conforme a qual a essência precede a existência, os existencialistas afirmam o contrário, isto é, que a existência precede a essência” (Oswaldo Giacoia JUNIOR. *Pequeno Dicionário de Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006, p. 79). Em outras palavras, enquanto a metafísica pressupõe uma possibilidade de pureza do conhecimento, extraindo o homem de seu mundo para poder compreender a essência pura do ser, a filosofia da existência insere no processo cognitivo a própria existência humana em situação, ou seja, alocada em um contexto existencial que poderá, é verdade, relativizar, marcar a compreensão do ser, fazendo isso, contudo, parte do próprio processo de compreensão das coisas. Como resume Dulce Mára Critelli, para a “metafísica, o conhecimento é resultado de uma superação da insegurança do existir. Para a fenomenologia, é exatamente a aceitação dessa insegurança que permite o

Pode-se, em resumo, reconhecer a existência, ou pretensa existência, de três sistemas penais destacados – **causalismo**, **finalismo** e **funcionalismo** –, sendo essencial compreender sua evolução histórica e seus postulados para a definição de premissas, já que se deverá eleger o sistema penal aparentemente mais adequado (raciocinando do enfoque da política criminal) – ou simplesmente adotado pela legislação vigente (raciocinando do enfoque da dogmática penal) – para a solução dos problemas encontrados na ciência penal, dentre os quais está o suscitado pelo presente trabalho.

O estudo detalhado de cada sistema penal, no entanto, é tarefa que, por si só, mereceria pesquisa à parte, razão pela qual há que se pedir vênica para apenas discorrer acerca da idéia central e dos aspectos mais relevantes de cada sistema para a presente construção, a saber, a concepção de cada orientação acerca da conduta (ação e omissão) e da culpabilidade.

### 1.1.1 O causalismo clássico

Embora a designação “causalismo” guarde íntima relação com a concepção de conduta para o Direito penal, o sistema causal deve ser compreendido em sua totalidade, inclusive com sua compreensão acerca da culpabilidade. Desse prisma, é possível afirmar que o causalismo possui dois modelos diversos: um **modelo clássico** e um **modelo neoclássico**.

O **modelo clássico de delito**, conhecido como “modelo Liszt – Beling – Radbruch”, foi desenvolvido a partir do final do século XIX, tendo sua origem na filosofia naturalista que inebriou aquele século, com vertente muito mais epistemológica<sup>19</sup>, valorizando-se extremamente o experimentalismo, ou seja, o modo, o método de absorção do conhecimento.

---

conhecimento” (Dulce Mara CRITELLI. *Analítica do Sentido: Uma Aproximação e Interpretação do Real de Orientação Fenomenológica*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 15).

<sup>19</sup> A filosofia possui duas indagações iniciais nucleares, que marcam seu desenvolvimento histórico: 1) “Qual a natureza de tudo quanto existe?”; 2) “Como podemos, se podemos, saber?”. Essas duas questões polarizam a filosofia em dois caminhos, a saber, a ontologia, atrelada à perquirição da natureza das coisas materiais ou imateriais (primeira questão nuclear), e a epistemologia, ligada à

Malgrado sua influência naturalista, sua preocupação central era encontrar um conceito estrutural do delito, buscando a essência de seus elementos constitutivos, ou seja, **ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade**, o que lhe confere um caráter ôntico em seu propósito principal, embora arrimado em conhecimentos de outras ciências obtidos com preocupação epistemológica<sup>20</sup>.

Iniciando a compreensão dos pontos interessantes à pesquisa, para o **causalismo clássico** a **ação** era compreendida de modo completamente naturalístico (naturalismo extremo), firmando-se uma **teoria causal-natural**, em que a ação era definida por Liszt “como ‘uma modificação material, por insignificante que seja, do mundo exterior, perceptível pelos sentidos’, e concebia, por exemplo, a injúria como uma produção de vibrações do ar e excitações nervosas”<sup>21</sup>, sendo clara a tentativa de maior “objetivação” de definições, qual se fazia nas ciências naturais, em uma busca metafísica pela assepsia no conhecimento.

O conceito sobreposto está impregnado pelas ciências naturais, dominantes nas idéias positivistas do fim do século XIX e, como se percebe nitidamente, descarta o conteúdo psicológico finalístico da ação. **Também não se preocupou com o isolamento do conceito de omissão**, somente mais tarde repensado pelo próprio Lizst.

Embora o conceito de ação seja um signo muito forte do causalismo clássico, outros dogmas foram explorados por esse modelo na busca de uma concepção ontológica do delito, interessando ao escopo proposto a configuração da culpabilidade.

A **culpabilidade** foi outro forte signo do modelo clássico, caracterizada pelo vínculo psicológico entre o autor e o fato punível, por meio do dolo ou da culpa, tendo a imputabilidade como necessário pressuposto para a capacidade de culpabilidade.

---

natureza do conhecimento e de tudo aquilo que podemos saber, se é que o podemos (segunda questão nuclear). Bryan MAGGE. *História da Filosofia*. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 7-8.

<sup>20</sup> É preciso assinalar que é impossível, na existência pura de uma forma ou de outra, investigar os problemas fundamentais da filosofia. Pensar onticamente leva à indagação de se é possível conhecer de fato a essência das coisas, ou seja, uma preocupação epistemológica.

<sup>21</sup> Hans WELZEL. *O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. Tradução para a Língua Portuguesa, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

Firmava-se a **teoria psicológica da culpabilidade**, primeira teoria a explicar esse elemento do crime, a qual assentava que o fato punível encontrava seus elementos objetivos na antijuridicidade típica, enquanto os elementos subjetivos eram condensados na culpabilidade.

Em outras palavras, para a **teoria psicológica**, a culpabilidade “é o liame, o vínculo ou o nexó psicológico que liga o agente ou pelo dolo ou pela culpa ao seu fato típico e antijurídico. Ela é vista num plano puramente naturalístico ou psicológico, desprovido de qualquer valoração e esgota-se na simples constatação da posição do agente perante sua própria conduta”<sup>22</sup>.

Dessa forma, no modelo apresentado, a **culpabilidade** comportava duas avaliações: a da **imputabilidade (capacidade de culpabilidade)** e a da **relação psicológica** propriamente dita.

Obviamente, para se reconhecer o liame psicológico do autor ao seu injusto típico, exigia-se a **capacidade de culpabilidade**, como capacidade geral e abstrata de compreender o valor do fato, o que levava à exclusão ou à redução de culpabilidade dos casos de **imperfeição** (imaturidade) ou **defecção** (doença mental)<sup>23</sup>. Na exclusão, em verdade, a inimputabilidade significava, para alguns, a falta de pressuposto para a culpabilidade, enquanto, para outros, uma causa de isenção de pena<sup>24</sup>. Seja como for, era ela fundamental ao reconhecimento da culpabilidade.

Já a **relação psicológica** traduzia-se pela constatação da consciência e da vontade de realizar o fato típico. Daí a grande crítica em relação ao conceito psicológico, por não satisfazer a explicação da culpabilidade nos **delitos culposos**, especialmente na culpa inconsciente, que não comporta relação psicológica entre a conduta e o resultado, estando a relação psicológica entre ambos não na cabeça de

---

<sup>22</sup> Luiz Flávio GOMES. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

<sup>23</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 175.

<sup>24</sup> A visão de imputabilidade, pelo conceito psicológico, como pressuposto de culpabilidade, não é correta, pois o doente mental poderá apresentar capacidade para uma relação psicológica com seu ato, ou seja, poderá agir com dolo, de sorte que, considerar a inimputabilidade como causa de isenção de pena alinha-se melhor à teoria psicológica. Vide Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 603.

quem será responsabilizado por esse liame psicológico, mas na cabeça do juiz, que estabelece que o agente tinha condições de prever o resultado não previsto. Por essa razão, houve aqueles que postularam que as condutas culposas (na culpa inconsciente) não poderiam configurar delitos<sup>25</sup>.

Todavia, firmou-se como consenso, na teoria psicológica, a concepção de que dolo e culpa eram espécies de culpabilidade ou, como afirma Luiz Flávio Gomes, eram “**a**” **culpabilidade**<sup>26</sup>. Portanto, ao estudar a culpabilidade pela teoria em relevo, há o necessário curso investigativo do dolo e da culpa e, como reflexo, a conduta típica era “esvaziada” de elementos psicológicos, ou seja, a ação, para o causalismo clássico, prescindia da investigação de dolo ou de culpa, dificultando extremamente a definição típica no início da análise do fato punível.

### 1.1.2 O causalismo neoclássico

O modelo clássico, malgrado sua inegável importância histórica, ao tentar afastar por completo a responsabilidade penal objetiva, alocando dolo e culpa como elementos do delito, foi insuficiente para responder a uma série de questionamentos idealizados, buscando solução por meio de uma releitura dos elementos constitutivos do crime (portanto, também ontológico, embora partisse de conceitos oriundos do positivismo), capitaneada por Reinhard Frank, iniciando-se, assim, um novo modelo causal, o neoclássico.

Embora ainda causal, o **modelo neoclássico** abandona um naturalismo extremo, que impregnava o primeiro conceito de **ação** de Liszt, acrescentando-se um significado valorativo com a agregação da voluntariedade, chegando-se a uma **teoria causal-valorativa** de ação. O próprio Liszt<sup>27</sup> reformulou sua visão ao definir **ação** como “a causação do resultado por um ato de vontade. Este se apresenta

---

<sup>25</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, cit., p. 518-9.

<sup>26</sup> Luiz Flávio GOMES. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 44.

<sup>27</sup> Anuindo que o próprio Franz Von Liszt reviu a teoria do delito, vide Teresa Serra que assim postula: “As primeiras revisões do sistema clássico do crime partiram do próprio V. Liszt e tiveram na sua raiz a descoberta de que a natureza da omissão não podia compaginar-se com uma idéia de ação

como movimento corpóreo voluntário, isto é, com tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica, mas por idéias ou representações, e efetuada por inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem, pois, os dois elementos igualmente importantes da idéia de ação como comissão<sup>28</sup>. Pode-se então sintetizar que, agora, a ação passava a ser definida como um **comportamento humano voluntário**<sup>29</sup>.

Apenas como notícia preliminar, porquanto o tema será mais bem esmiuçado no próximo capítulo, no contexto apresentado para o causalismo clássico, obviamente, a omissão será nitidamente desconsiderada, ou ao menos relegada a um plano inferior, do enfoque conceitual. Assim, pode-se afirmar com Fábio André Guaragni que, inicialmente, “a conduta como *movimento corpóreo* causador de *modificação no mundo exterior* não é conceitualmente adequada ao comportamento omissivo, pois omitir, já diante de uma concepção meramente lingüística (*a latere* do direito), é *deixar de movimentar-se* numa direção, é um *non facere* relativo a algo<sup>30</sup>. Essa incongruência foi notada pelos próprios causalistas inaugurais<sup>31</sup>, levando a uma evolução de postulados, de modo a conceituar também a omissão. Nesse sentido, o próprio Liszt postula que a omissão é “o não empreendimento de uma ação determinada e *esperada*. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado<sup>32</sup>”.

No plano da **culpabilidade**, até então puramente psicológica, assume-se também um significado valorativo (normativo), caracterizado pela **reprovabilidade da ação do autor pela formação contrária ao dever**<sup>33</sup>, originando-se a da **teoria normativa** (ou **psicológico-normativa** ou, ainda, **teoria complexa**) da culpabilidade, idealizada, em 1907, por Reinhard Frank, para quem a constatação da culpabilidade também deveria conter um juízo de valor, concebendo-a como

---

entendida como movimento corpóreo”. Teresa SERRA. *Problema do Erro sobre a Ilícitude*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 22.

<sup>28</sup> Franz Von LISZT. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução para a Língua Portuguesa de José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003, t. I, p. 229.

<sup>29</sup> Juarez Cirino SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 5.

<sup>30</sup> Fábio André GUARAGNI. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 77.

<sup>31</sup> Idem, p. 79.

<sup>32</sup> Franz Von LISZT. *Tratado de Direito Penal Alemão*, cit., p. 229.

<sup>33</sup> Juarez Cirino SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 6.

reprovabilidade<sup>34</sup>, com forte influência, portanto, do estudo dos valores inerentes às normas jurídicas (**teoria axiológica do Direito**).

Por essa nova concepção, “deixa a culpabilidade de ser considerada como aspecto subjetivo do crime (psicológica), que liga o agente ao seu fato, para transformar-se em juízo de reprovação, de censura, que se faz ao agente em razão de sua atuação contrária ao direito ou, mais precisamente, em razão de sua ‘formação da vontade contrária ao dever’”<sup>35</sup>. Mantém ainda a culpabilidade, os elementos psicológicos, não se caracterizando como um conceito puramente normativo, mas um conceito misto, grafado por elementos psíquicos e normativos. O dolo e a culpa, ainda que permaneçam na culpabilidade, passam a ser formas, graus, requisitos ou elementos da culpabilidade, não mais os únicos elementos da culpabilidade (“as” espécies de culpabilidade).

Importante consignar que, para os expoentes dessa visão, o elemento comum era a **complexidade** da culpabilidade (elementos psicológicos e elementos normativos), havendo, no entanto, divergências quanto ao funcionamento desses elementos. Assim, para “Frank, podia haver dolo sem culpabilidade, enquanto para Goldschmidt, o dolo, como dado psicológico, era um pressuposto da culpabilidade, e Mezger afirmava que o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, isto é, que o dolo sempre era culpável”<sup>36</sup>.

Outro ponto fundamental reside em continuar a considerar a imputabilidade como elemento importante na aferição da culpabilidade, permanecendo ela, assim como na teoria psicológica, como causa de eliminação de pressuposto para o reconhecimento da culpabilidade ou como causa de isenção de pena.

Em síntese, a culpabilidade, até então puramente psicológica, passa a congrega outros requisitos, podendo ser resumida em três elementos: 1) imputabilidade; 2) dolo e culpa; 3) exigibilidade de conduta conforme ao Direito.

---

<sup>34</sup> Luiz Flávio GOMES. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 59 e 60.

<sup>35</sup> Idem, p. 61. Melhor seria dizer reprovabilidade em vez de juízo de reprovação.

<sup>36</sup> Eugenio RAÚZ ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, cit., p. 604.

Cabe registrar, ainda, uma fundamental alteração sistêmica no que concerne à relação entre **dolo** e **consciência da ilicitude**. Por influência da teoria teleológica do Direito, que levou à culpabilidade normativa, em um sentido axiológico, passou-se “a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude”<sup>37</sup>.

### 1.1.3 O finalismo

Na primeira metade do século XX, especificamente na década de 30, Hans Welzel iniciou uma verdadeira redefinição dogmática do delito, ainda com o escopo de encontrar sua estrutura essencial (vertente ontológica), com sua **teoria finalista da ação**.

Essa teoria, que como o próprio Welzel advertiu nada criou, mas apenas posicionou corretamente elementos já existentes<sup>38</sup>, é fruto da influência de uma emergente psicologia alemã, que rompeu, entre 1920 e 1930, com a reinante psicologia mecanicista que exaltava a forma causal-mecânica de realização dos atos anímicos. Dentre suas orientações recentes, Welzel indicou ter sido influenciado pela Psicologia do Pensamento de Richard Hönlwald, bem como de Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jansch, P. F. Linke, dentre outros<sup>39</sup>.

Muito embora tenha o mesmo propósito que os sistemas anteriores, o finalismo partiu de uma compreensão do direito, em que se reconheciam **estruturas lógico-objetivas** a limitar os conceitos explorados pela norma, chegando, assim, a uma estruturação do delito.

A **teoria das estruturas lógico-objetivas** pode ser compreendida como uma vertente que buscou a limitação do legislador com base na natureza das coisas, ou seja, o objeto a ser desvalorado pelo Direito penal não é criado pela

---

<sup>37</sup> Luiz Flávio GOMES. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit. p. 65.

<sup>38</sup> Hans WELZEL. *O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, cit., p. 92.

desvalorização, mas existe antes de um desvalor jurídico, como no caso da conduta, princípio da avaliação do fato punível. Ademais, a desvalorização deve respeitar a estrutura do ente desvalorado, sob pena de recair sobre outro objeto ou nada atingir<sup>40</sup>.

Com base nessas premissas, pode-se sintetizar que as **estruturas lógico-objetivas** “(*sachlogische Strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento”<sup>41</sup>, ou, em outros termos mais próximos ao Direito penal, “são estruturas que vinculam o legislador ao ser do que ele desvaloriza, que está relacionado com ele, mas que não pode ser alterado”<sup>42</sup>.

Logicamente que, partindo-se de uma concepção como a exposta, de cunho ontológico muito evidente, os elementos genéricos do crime devem seguir essa conformação, concluindo-se que toda norma penal incriminadora que parta de uma ação meramente causal – e a ação como conceito central do fato punível é o princípio metodológico do **modelo finalista** – não poderia ser considerada uma norma adequada. Conseqüentemente, um sistema que privilegiasse essa configuração, como o foi o causalismo (clássico ou neoclássico), também não estaria em sintonia com a melhor compreensão do delito, afinal, as “normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais”<sup>43</sup>, como se fosse possível, *v.g.*, ao direito proibir os organismos humanos de possibilitar a obstrução de artérias, levando ao enfarto.

Nesse contexto, a **ação humana**, primeiro elemento da investigação do delito, não pode ser compreendida sem uma estrutura final, devendo ser definida como exercício de uma atividade final, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade é o caráter final da ação e é baseada no fato de que “o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis

---

<sup>39</sup> Idem, p. 11-2.

<sup>40</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 348.

<sup>41</sup> José CEREZO MIR apud Hans WELZEL. O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, cit., p. 14 (nota n. 2).

<sup>42</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 348.

<sup>43</sup> Hans WELZEL. O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, cit., p. 14 (nota n. 2).

conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’<sup>44</sup>.

Como se percebe muito bem, há uma sagaz crítica à estrutura delineada para a ação nos modelos causais, exaltando-se a idéia de direcionamento final, condicionada pela vontade que decorre, por sua vez, de um prévio conhecimento dos cursos causais, levando à opção pelo atingimento de um resultado e, com base nessa opção, à seleção dos meios para tal mister. Dessa forma, poder-se-ia fracionar a conduta final em fases: na órbita do pensamento, haveria a representação antecipada do fim desejado, com a conseqüente seleção do caminho para obter esse fim e considerando seus efeitos decorrentes dessa seleção; na segunda, levada a efeito fisicamente, no mundo real, o autor colocaria em prática a ação, seguindo o plano traçado na primeira fase.

Com essa visão, pode-se verificar claramente que o fato de antecipar o fim e persegui-lo, bem como de considerar os efeitos colaterais ao fim pretendido decorrentes do meio selecionado fundamentam as espécies de dolo que hoje se discutem; não só o dolo direto e eventual, mas o dolo direto de segundo grau.

É preciso exaltar, para que não se confunda o conceito de ação com aquele postulado pelo causalismo neoclássico (**teoria causal-valorativa**), que a finalidade não se confunde com a voluntariedade. Esta “significa que um movimento corporal e suas conseqüências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais conseqüências queria produzir o autor”<sup>45</sup>. Naquela, há uma perseguição de um fim desejado, um resultado querido que condiciona a ação que lhe precede. O exemplo dado por Welzel é bem esclarecedor: “A enfermeira que, sem suspeitar de nada, aplica uma injeção de morfina demasiadamente forte, de

---

<sup>44</sup> Idem, p. 27.

<sup>45</sup> Idem, p. 30.

conseqüências mortais, realiza, sem dúvida, uma ação final de injetar, mas não uma ação final de matar”<sup>46</sup>. A morte nesse caso foi produzida por um processo causal cego, sem que houvesse a finalidade exigida nos termos welzenianos.

A ação final, portanto, presume uma ação voluntária, mas exige uma qualidade a mais, a saber, o conhecimento da situação fática e o desejo de alcançar determinado resultado típico, ainda que não haja, pelo agente, exata compreensão da ilicitude, ou seja, não existem “ações finais em si, ou ‘em absoluto’, mas apenas em relação às conseqüências compreendidas pela vontade de realização”.

Obviamente, essa nova concepção de ação importava em uma visão também inovadora da estrutura do próprio tipo penal que, agora, alojando o dolo ou a culpa no conceito de conduta, sedimentava-se em uma visão complexa, sendo possível afirmar a existência de uma tipicidade objetiva e outra subjetiva, destacando-se das visões até então postuladas e compondo uma nova fase de compreensão da tipicidade<sup>47</sup>. Agora, além da possibilidade de os elementos objetivados no tipo penal poderem ter caráter subjetivo ou normativo – além de meramente descritivo –, o tipo penal para indicar sua qualidade ao fato – tipicidade – deveria ser preenchido objetiva e subjetivamente.

A propósito do **dolo** – não mais alocado na culpabilidade e sim na conduta, frise-se –, deve ele ser reconhecido como um conceito jurídico-penal, como dolo de tipo, consistindo unicamente na vontade de realizar o tipo objetivo de determinado delito<sup>48</sup>. Assim, o dolo deve ter dois elementos: um cognitivo (ou intelectual) e outro volitivo.

Para que haja a intenção de realizar o tipo, devem-se, primeiro, conhecer os elementos fáticos que compõem a descrição típica, para somente então desejar realizar o tipo. O defeito na cognição dos elementos fáticos que compõem o tipo

---

<sup>46</sup> Hans WELZEL. O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, cit., p. 30.

<sup>47</sup> Nesse sentido vide, por todos, Bitencourt para quem “com o surgimento do *finalismo*, pode-se até falar em uma *quinta fase*, na qual se admitem tipos dolosos e tipos culposos com dolo e culpa integrantes destes. O tipo, na visão finalista, passa a ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva – tipo objetivo –, composta pela descrição legal, e outra parte subjetiva – tipo subjetivo –, constituída pela *vontade reitora*, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas”. Cezar Roberto BITENCOURT. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 8.

<sup>48</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Aleman*, cit., p. 77.

penal significa errar em elementos que constituem o tipo objetivo, ou seja, erro de tipo, com suas conseqüências trazidas pela lei penal.

Note-se que, no elemento cognitivo, não se exige a consciência da ilicitude, como se exigia no causalismo neoclássico, construindo-se, dessarte, uma visão puramente psicológica do dolo, ou seja, bastando existir a compreensão fática de circunstâncias que são elementares do tipo penal – dolo natural, desprovido de uma valoração da ilicitude.

No que diz respeito à conduta omissiva, mais uma vez de forma precária – pois no próximo capítulo será esmiuçada a visão finalista de omissão –, em um primeiro momento, identificou-se o conceito welzeniano com a ação<sup>49</sup>, mas, em face das ácidas críticas, esse conceito sofreu alterações em sua concepção, de modo a abarcar também o conceito de omissão. Pode-se afirmar, em síntese, que a omissão finalista, vista da concepção ontológica, consiste em uma abstenção de ação determinada, desde que seja possível ao sujeito atuar concretamente para evitar o resultado, exigindo-se, para essa aferição, o conhecimento do agente da direção final da ação correlata à omissão, estando ele em condições de reconhecer e de poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo (capacidade de planejamento).

Quanto à **culpabilidade**, ela é esvaziada de elementos psíquicos, tornando-se unicamente normativa, firmando-se a **teoria normativa pura** da culpabilidade.

Para essa teoria, os elementos essenciais à existência de culpabilidade são a capacidade de culpabilidade (imputabilidade), o conhecimento, ao menos potencial, da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, elementos que dispensam comentários profundos, porque fugiria ao foco do raciocínio em desenvolvimento.

Pode-se resumir o finalismo, seguindo Juarez Cirino dos Santos, em um sistema que teve como inovação central a introdução do dolo e outros elementos subjetivos no tipo subjetivo dos crimes dolosos, o que resultou nas seguintes conseqüências sistemáticas: “a) separação entre dolo, como vontade da realização do fato, e consciência da antijuridicidade, como elemento central da culpabilidade,

que fundamenta a reprovação do autor pela formação defeituosa da vontade; b) disciplina do erro em correspondência com essas mudanças sistemáticas: erro de tipo excludente do dolo e, por extensão, do tipo; erro de proibição, com exclusão da reprovação da culpabilidade (se inevitável), ou redução da reprovação de culpabilidade (se evitável); c) subjetivação da antijuridicidade, constituída pelo desvalor da ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor de resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido; d) normativização integral da culpabilidade, como reprovação de um sujeito capaz de culpabilidade, pela realização não justificada de um tipo de crime, com consciência da antijuridicidade (real ou possível) e em situação de exigibilidade de comportamento diverso”<sup>50</sup>.

Por fim, deve-se advertir, com Hirsch, que o finalismo não pregou – e não prega – uma vertente puramente ontológica, com a separação estanque do mundo do ser e o mundo do Direito, mas postula que a dogmática, a legislação e a justiça respeitem “as estruturas e as demais elementares essenciais pré-jurídicas ou pré-jurídico-penais dos respectivos objetos das regulamentações do direito penal”<sup>51</sup>.

### **1.1.3.1 O finalismo e a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime**

Inegavelmente, a culpabilidade compõe o conceito de delito para o modelo causalista, tanto clássico como neoclássico. Chega-se a essa conclusão quando se percebe que, tanto em um como em outro modelo, o dolo e a culpa são alocados na culpabilidade e, por esse motivo, levam à compreensão de que não há crime sem culpabilidade, posto não haver crime sem dolo ou, no mínimo, culpa.

Essa realidade, todavia, não está bem assentada no modelo finalista, vez que alguns doutrinadores entendem-no como sinônimo de estrutura analítica **bipartida de crime**, compreendendo nesse conceito o fato típico e a antijuridicidade,

---

<sup>49</sup> Fábio André GUARAGNI. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*, cit., p. 159.

<sup>50</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 6-7.

grafando-se à culpabilidade como mero pressuposto de pena. Nesse sentido, dentre outros, Damásio Evangelista de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete<sup>52</sup>.

Por sua vez, existe setor doutrinário que, mesmo assumindo a acepção finalista do delito, entende que a **estrutura tripartite** persiste – como exemplos vide Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Cláudio Heleno Fragoso<sup>53</sup>.

Os adeptos da teoria bipartida costumam buscar robustez a sua argumentação em alguns pontos interessantes, *in exemplis*:

a) culpabilidade é um juízo de valor e, por essa razão, não está atrelada ao fato em si, mas na cabeça daqueles que o apreciam;

b) por não pertencer ao fato em si, a culpabilidade não pode integrar seu conceito, o que lhe confere o rótulo de mero pressuposto de aplicação de pena;

c) o Código Penal possui indícios de que a estrutura do crime está apartada da culpabilidade; um dos indícios mais nítidos está na previsão do § 4º do art. 180 do referido diploma, atinente ao delito de receptação, que permite a existência do crime, ainda que o autor do fato de que proveio a coisa seja desconhecido ou **isento de pena**; seguindo esse raciocínio, se a receptação depende de um fato delituoso anterior e, pelo dispositivo em comento, tal crime pode ser praticado por alguém isento de pena, adota-se a possibilidade de crime sem culpabilidade.

Mais acertado, no entanto – com a devida reverência àqueles que postulam em sentido contrário –, sustentar uma **teoria tripartida de delito**, sendo todos os argumentos apresentados pelos adeptos de uma estrutura bipartida de fácil contraposição.

Como muito bem assinala Cezar Roberto Bitencourt, o próprio Welzel manteve a culpabilidade na estrutura do delito e o fez, primeiramente, afastando uma confusão semântica. O idealizador do finalismo “frisou que ‘a essência da

---

<sup>51</sup> Hans Joachim HIRSCH. *Sobre o Estado Atual da Dogmática Jurídico-penal na Alemanha*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 58. Tradução para a Língua Portuguesa de Luís Greco. São Paulo: RT, 2006, p. 75.

<sup>52</sup> André ESTEFAM. *Temas de direito penal e processo penal para concursos*. São Paulo: Ed. Paloma, 2001, p. 27.

<sup>53</sup> Idem. *Ibidem*.

culpabilidade é a reprovabilidade'. Destacou, ainda, que, muitas vezes, também se denomina 'a reprovabilidade *reprovação* da culpabilidade e a culpabilidade *juízo de culpabilidade*'(...) 'Isto não é nocivo – prossegue Welzel – se sempre se tiver presente o caráter metafórico destas expressões e se lembrar que a culpabilidade é *qualidade* negativa da própria ação do autor e não está localizada na cabeça das outras pessoas que julgam a ação' (...)"<sup>54</sup>.

Em outras palavras, há que se diferenciar “culpabilidade” de “juízo de culpabilidade”. A culpabilidade em si é qualidade da conduta, intrínseca, portanto, ao fato-crime. A operação ocorrida fora do agente, ou seja, por aquele que aprecia o fato praticado, e.g., o juiz, não se confunde com a reprovabilidade, configurando-se, em verdade, em um juízo de reprovação para a aplicação da pena. Nesse sentido, irretocável a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

“É preciso destacar que *censurável* é a conduta do agente, e significa ‘característica negativa’ da sua ação perante a ordem jurídica. E ‘juízo de censura’ – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Essa avaliação, sim – *juízo de censura* –, é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação, por essa razão diz-se que está na cabeça do juiz. Por tudo isso, deve-se evitar o uso metafórico de *juízo de censura* como se fosse sinônimo de *censurabilidade*, que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. O juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade”<sup>55</sup>.

Afirmar que a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação de pena, também não leva a uma segura distinção entre a culpabilidade e crime, de modo a destaca-la do conceito deste. Em não havendo o injusto típico, igualmente não será possível a aplicação de pena, o que leva à conclusão de que não só a culpabilidade é pressuposto de pena, mas também o fato típico e a antijuridicidade<sup>56</sup>.

Por fim, quanto à possibilidade de crime sem culpabilidade supostamente atestada pelo § 4º do art. 180 do Código Penal, basta dizer que tal dispositivo não foi uma inovação trazida pelas recentes alterações do Código Penal, vigendo, portanto, desde 1942. Não se pode, dessarte, afirmar ser esse um indício da adoção da teoria bipartida pelo Código Penal, vez que as idéias de Welzel ainda não tinham ganhado

---

<sup>54</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 48-9.

<sup>55</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 48-9.

<sup>56</sup> Idem, p. 48.

eco na legislação penal, o que somente ocorreu em 1984, pela reforma da Parte Geral do Código Penal<sup>57</sup>.

A composição trazida pelo dispositivo em análise, pode-se concluir com Cezar Roberto Bitencourt, funda-se em questão de política criminal representando a adoção dos postulados da **teoria da acessoriedade limitada**, bem como a consagração de um pensamento corrente de que “pior que ladrão é o receptador, posto que a ausência deste enfraquece o estímulo daquele”<sup>58</sup>.

Pelos argumentos expostos, elege-se como premissa de trabalho que o conceito analítico de crime, também para o finalismo, condensa os três elementos genéricos: conduta típica, antijuridicidade e culpabilidade.

#### 1.1.4 O funcionalismo penal

O finalismo idealizado por Welzel não ficou imune a ataques, havendo críticas que podem ser condensadas primeiramente em Claus Roxin, que desde o início dos anos 60 mostrou-se implacável crítico do finalismo.

Essa visão crítica encerrava a tentativa de criar um novo sistema de Direito penal, o sistema funcionalista, ou como o chama o próprio Roxin, o “sistema racional-final”<sup>59</sup>, desenvolvido a partir dos anos 70<sup>60</sup>.

Essa origem do funcionalismo, todavia, não é pacífica, havendo os que defendam que o funcionalismo, como sistema, origina-se, em verdade, em 1983, quando Günther Jakobs, por ironia o mais importante dos discípulos de Welzel, publica a primeira edição de seu tratado de Direito penal, evidenciando no prólogo

---

<sup>57</sup> Idem, p. 50.

<sup>58</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>59</sup> Entende-se “final”, aqui, não como expressão ligada à ação direcionada a um fim, mas com o intuito de demonstrar o caráter teleológico, valorativo, a guiar o Direito penal.

<sup>60</sup> Lúcio Antônio Chamon JUNIOR. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 45.

da obra uma crítica ao sistema finalista que marcou o início do funcionalismo penal<sup>61</sup>.

De qualquer forma, deve-se firmar que o funcionalismo penal encontra em Claus Roxin, penalista de Munique, e em Günther Jakobs, penalista de Bonn, seus dois maiores expoentes, muito embora não apresentem esses dois autores coincidente postulação de dogmas funcionais.

Em largas palavras, critica-se no finalismo e nos sistemas antecedentes a sedimentação do Direito penal em um conceito de delito construído sobre estruturas lógico-objetivas (ou lógico-reais) preexistentes, uma vertente ontológica do Direito que limita o legislador.

Deve-se, em vez disso, buscar a definição das categorias essenciais do delito, partindo-se dos fins e funções do próprio Direito, portanto, de conceitos normativos que garantem ao legislador uma autonomia, não mais estando vinculado no momento de idealizar a norma penal, a estruturas preexistentes a serem exploradas pelo Direito penal<sup>62</sup>.

Abandona-se uma vertente ontológica e passa-se a perseguir uma concepção deontológica do Direito penal<sup>63</sup>, colorida pelas vertentes contrapostas de Roxin e Jakobs, que serão adiante sucintamente explanadas.

#### **1.1.4.1 O funcionalismo penal de Claus Roxin**

Claus Roxin, naquilo que denomina sistema racional-final, propõe uma estruturação do delito de acordo com os fins da pena<sup>64</sup>, cujos vetores estão na

---

<sup>61</sup> Por todos, vide Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *Introdução à Obra de Günther Jakobs, in Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução para a Língua Portuguesa de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11.

<sup>62</sup> Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *Introdução à Obra de Günther Jakobs, in Direito Penal e Funcionalismo, cit.*, p. 11.

<sup>63</sup> Nesse sentido, vide Lúcio Chamon, para quem, “enquanto a teoria finalista e a teoria social são antes teoria da ação que pretendiam, sobretudo aquela, transformar a Dogmática penal em razão de um *ponto de partida ontológico* que seria chave, as demais teorias não partem desta necessidade do estabelecimento *a priori* de um conceito de ação. Está o funcionalismo mais preocupado com a operacionalização do Direito a partir do conjunto de normas oferecidas, v.g. mediante uma

política criminal<sup>65</sup>, em uma perfeita unidade sistemática entre política criminal e Direito penal<sup>66</sup>, onde as estruturas que compõem o delito devem refletir a finalidade da pena<sup>67</sup>. Abandona-se uma tentativa de definição de bases do delito com visão ontologicista, para impulsionar um sistema de orientação funcionalista, posto que o correto estudo deve partir da tese de um moderno sistema estruturado teleologicamente, ou seja, construído com atenção às finalidades valorativas<sup>68</sup>. Essa visão importa em um retorno ao neokantismo da década de 30<sup>69</sup>, inebriando várias construções no Direito penal alemão.

Partindo desse pressuposto, a substância principal de sua teoria repousa em uma redefinição das estruturas componentes do delito, tudo conforme o “novo sistema axiológico”, com ênfase principal em dois pontos: a imputação objetiva e a reformulação da culpabilidade que se transforma em responsabilidade<sup>70</sup>.

Na **ação**, embora a tenha considerado dotada de mero valor estético em construção inicial de 1962<sup>71</sup>, evolui seu raciocínio para descrevê-la como uma conseqüência de uma valoração, valoração esta que dirá em quais hipóteses deve alguém deixar-se imputar por um comportamento<sup>72</sup>. Nega a preexistência da conduta como dado ôntico, ao afirmar que a “unidade da ação não é definível por um dado prévio empírico (nem a causalidade, tampouco um comportamento voluntário ou a finalidade) que se encontra na base de todas as formas de manifestação do comportamento punível. Esta unidade se constitui, isso sim, através de um mesmo

---

interpretação política (Roxin)”. Lúcio Antônio Chamon JUNIOR. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*, cit., p. 16.

<sup>64</sup> Vale consignar que a pena, por ser um instrumento por excelência do direito penal, contém no estudo de sua função o melhor critério para identificar as razões da punição, orientando toda a atividade regulatória e interpretativa do direito criminal. Nesse sentido, vide Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004, p. XII. Essa possibilidade, por óbvio, não é exclusiva do funcionalismo, mas pode, e deve, tomar corpo no Estado Democrático de Direito, qualquer que seja a orientação sistêmica de seu direito penal.

<sup>65</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p.401.

<sup>66</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução da 2 ed. espanhola para a Língua Portuguesa de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183-4.

<sup>67</sup> Lúcio Antônio Chamon JUNIOR. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*, cit., p. 47.

<sup>68</sup> Claus ROXIN. *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 217.

<sup>69</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p.401.

<sup>70</sup> Lúcio Antônio Chamon JUNIOR. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*, cit., p. 47.

<sup>71</sup> Idem, p. 54-5.

<sup>72</sup> Luís GRECO. *Imputação Objetiva: Uma Introdução*, in Claus ROXIN. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

aspecto valorativo: alguém agiu, quando um determinado efeito dele decorrente ou não decorrente lhe possa ser atribuído enquanto pessoa, isto é, enquanto centro anímico de atividade, de modo que se possa falar em um ‘agir’ ou ‘omitir e, com isso, numa ‘exteriorização da personalidade’(...)”<sup>73</sup>.

Percebe-se nitidamente que a concepção com base nas estruturas lógico-reais é descartada, firmando-se a concepção de que, primeiro, tomam-se os efeitos que somente poderão ser imputados a alguém, reconhecendo-se que esse alguém “agiu” ou “omitiu-se”, em face de alguns critérios, definidos na imputação objetiva. A teoria da ação em Roxin, portanto, não é propriamente uma teoria da ação, mas uma teoria da imputação, unificando sob esse signo tanto a comissão quanto a omissão.

A **culpabilidade** ganha a conotação de **responsabilidade**, ou seja, há a possibilidade de pena se – e unicamente se – houver o merecimento de pena. Embora parta-se da culpabilidade, seu pressuposto, a responsabilidade adiciona à investigação um elemento a mais, a necessidade de punição que deve ser perquirida não em relação ao fato, mas ao autor, ou seja, não se pergunta se o fato necessita da sanção penal, mas se o autor dela carece<sup>74</sup>.

Como dito acima, além de redefinir as categorias integrantes do delito, principalmente da culpabilidade que se torna **responsabilidade**, o sistema de Claus Roxin centra-se muito na **imputação objetiva**, já que a imputação do resultado é muito importante para a caracterização de elementos.

Para a **imputação objetiva** de Roxin, deve-se esquecer a causalidade ou a finalidade dos sistemas precedentes, buscando-se a imputação ao sujeito de acordo com o fim do Direito penal, ou melhor, de acordo com o fim de proteção da própria norma<sup>75</sup>. Nesse mister, o autor identifica requisitos necessários para a imputação do delito ao seu autor, identificando falhas na tradicional abordagem, em especial em três grupos de casos que identifica nos seguintes exemplos:

“1. Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu nos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve A ser

---

<sup>73</sup> Claus ROXIN. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, cit., p. 232-3.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 241-2.

<sup>75</sup> Lúcio Antônio Chamon JUNIOR. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*, cit., p. 47-8.

punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexos de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, A causou, através de seu conselho, a morte de B, e almejava esse resultado.

Ou pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja! O vendedor (V) pensa consigo: 'Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente'. Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

2. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvio na causalidade. Limite-me ao conhecido exemplo escolar, em que A atira em B com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo B a falecer. Cometeu A um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de B no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

3. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que A venda heroína a B! Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; A o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e B, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob o estado de entorpecimento. Deve A ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de B realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso morrer? A causalidade de A para a morte de B, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, termos que concluir pela punição<sup>76</sup>.

Para solucionar os problemas da abordagem tradicional, Roxin propõe que a imputação só exista quando houver a constatação de três elementos: a criação de um risco não permitido, a realização do risco gerado e que o resultado esteja abrangido pelo alcance do tipo penal, conjugando-se com o princípio da auto-responsabilidade.

A geração do risco não permitido verifica-se pela criação de uma situação de afetação de um bem jurídico, ao arrepio da norma legal. Quando, ao contrário, a pessoa gera sim um risco, mas esse risco está abarcado pela norma legal, como no caso do vendedor do punhal, há de afastar-se a imputação do resultado. Deve-se prestigiar, na visão do autor, o princípio da confiança, entendendo-se que se alguém gera um risco que a lei lhe permite, as demais pessoas, os que com ele interagem, cumprirão seu papel dentro da prescrição da lei. Assim, por exemplo, ocorre no tráfego de veículos, que, por si só, representa risco em potencial. Porém, quando

---

<sup>76</sup> Claus ROXIN. *Estudos de Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 102-3.

alguém liga seu carro e o coloca em movimento, apesar de estar gerando um risco para os transeuntes e demais motoristas, pode deslocar-se sem o medo da responsabilização penal, partindo-se do pressuposto de que os demais também observarão as regras (o pedestre atravessará na faixa, o outro motorista parará o deslocamento em sinal semafórico vermelho etc.)<sup>77</sup>.

Ademais, para a imputação do resultado, é preciso que o risco gerado se concretize, seja realizado no caso em análise. No caso, por exemplo, de um indivíduo baleado que morre em consequência de um acidente com a ambulância que fazia sua remoção para atendimento hospitalar, o risco gerado foi pelo disparo da arma de fogo, porém, não foi esse risco que gerou a morte, portanto, a morte não pode ser imputada ao autor do disparo<sup>78</sup>.

Por fim, é preciso que o resultado verificado esteja abarcado pelo âmbito de proteção do tipo penal, o que excluiria a imputação no exemplo 3, anteriormente citado. O ato de entregar a droga constitui um risco proibido e o resultado morte atesta que esse risco realizou-se, concretizou-se no mundo real. Isso, no entanto, não bastaria para a imputação. É preciso confirmar que o resultado está na linha protetiva do tipo penal e que não houve a autocolocação de risco da vítima. Essa construção afastaria a imputação no caso exemplificado, não podendo ser punível a participação em uma autocolocação em perigo da vítima, “quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade de participação em suicídio, o defeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Claus ROXIN. *Estudos de Direito Penal*, cit., p. 104-5.

<sup>78</sup> Idem, p. 106.

<sup>79</sup> Idem, p. 108.

### 1.1.4.2 O funcionalismo penal de Günther Jakobs

Jakobs foi mais radical em seu giro do que Roxin<sup>80</sup>, e sua base de trabalho para o desenvolvimento da concepção do delito a partir de um enfoque funcional (atendendo aos fins e as funções do Direito) é a estrutura social e a função da pena.

A estrutura social influencia sua teoria em três aspectos, a saber<sup>81</sup>:

a) nos fundamentos da responsabilização através da competência por organização e a competência institucional;

b) no desenvolvimento do conceito de imputação objetiva, particularmente na concepção de ação como um ato comunicativo de relevância;

c) em um novo conceito de bem jurídico, desvincilhando-se de uma estrutura preexistente e fixando-se no reforço de vigência da norma jurídica.

Aos propósitos da pesquisa, interessam particularmente os aspectos plasmados nas letras “a” e “b”.

A fundamentação da responsabilidade penal, com base na competência por organização e na competência institucional (letra “a” suso indicada), parte do princípio de que a organização social moderna é extremamente complexa, caracterizando-se por um mundo onde tudo é possível<sup>82</sup>, sendo necessário, para a orientação dos indivíduos, estabelecer “mecanismos que reduzam a complexidade, e

---

<sup>80</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit., p.402.

<sup>81</sup> Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Introdução à Obra de Günther Jakobs, in *Direito Penal e Funcionalismo*, cit., p. 12.

<sup>82</sup> “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado) não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de

um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira (v.g., como um Estado de Direito). Nessa tarefa de redução da complexidade há uma estrutura muito importante que é a da expectativa. Para favorecer a orientação social, criam-se expectativas, no sentido de que eu posso esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim”<sup>83</sup>.

A geração de expectativas, portanto, consubstancia-se em “espinha dorsal” da estrutura social, funcionando como regra de sua manutenção. A essa expectativa, contrapondo-se àquelas surgidas da relação do homem com a natureza (“expectativas cognitivas”), dá-se o nome de “expectativa normativa”, posto surgir da inter-relação dos indivíduos no grupo social, regrada por norma de conduta.

Contudo, a expectativa pode ser frustrada, significando que alguém não se conformou com o regramento dele exigido pela sociedade, o que, nem por isso, transforma a expectativa normativa em estrutura inerte (“não se desiste da expectativa de um caminho sólido e viável por se ter escorregado uma vez!”<sup>84</sup>), desde que seja emitido um impulso comunicativo no sentido de que a conformação pessoal do indivíduo destoante não se sobreponha à conformação coletiva, trazida, *in exemplis*, pela norma penal.

Dessa forma, a função do Direito penal seria a de comunicar, pela **imposição da pena**, que não será aceita a conformação de mundo destoante do agente de um fato criminoso, negando-se sua compreensão de mundo. É dizer, por outras palavras, que Jakobs centra na finalidade da pena a razão do Direito penal e, para ele, a pena deve ter a finalidade de prevenção geral positiva<sup>85</sup>, segundo a qual

---

desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. Niklas LUHMANN. *Sociologia do Direito I*. Tradução para a Língua Portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

<sup>83</sup> Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Introdução à Obra de Günther Jakobs, in *Direito Penal e Funcionalismo*, cit., p. 13-4.

<sup>84</sup> Niklas LUHMANN. *Sociologia do Direito II*. Tradução para a Língua Portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 67.

<sup>85</sup> A prevenção geral positiva consiste em uma das teorias acerca dos fins da pena, que se contrapõe à prevenção geral negativa que se calca, por sua vez, na tentativa de intimidação genérica, frustrando a ação de futuros e incógnitos delinquentes. Como muito bem assenta Duek Marques, essa “nova teoria não vê na pena uma ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada ‘coação psicológica’, ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Pretende a teoria da prevenção geral positiva reafirmar a consciência social na norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais”. Oswaldo Henrique Duek MARQUES. *Fundamentos da Pena*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 104. Prossegue ensinando o dileto

seu fim restringe-se à manutenção de vigência da norma como modelo de regulação do contato social, ou seja, o escopo principal da aplicação de uma pena seria ratificar a vigência da norma, em uma concepção dialética hegeliana, em que a conduta destoante do comando normativo seria a negação da norma jurídica posta e a aplicação da pena significaria a negação dessa conduta desviante, o que leva à reafirmação da própria norma transgredida. A negação da negação da norma é sua reiteração de vigência.

Outro vetor do sistema funcional de Jakobs está centrado na **imputação objetiva** (letra “b” acima consignada), partindo-se também de uma premissa de expectativa social e resvalando na redefinição de elementos genéricos do crime, em especial da ação.

A função da imputação objetiva no contexto de sua teoria é a de “determinar os pressupostos que fazem de uma causação qualquer, de um dado naturalista, um complexo significativo, cujo sentido comunicativo é o questionamento da norma, um ‘esboço de um mundo’ no qual a norma não vige. Incumbe à teoria da imputação objetiva fornecer o instrumentário conceitual com base no qual a sociedade interpreta o comportamento de determinada pessoa e o entende como um comportamento delitivo, questionador da norma. ‘A imputação objetiva traça os limites entre o que é socialmente normal e *possivelmente* tem sentido delitivo”<sup>86</sup>.

Se em Roxin a imputação objetiva tem por pergunta central “quando” o fato pode ser imputado, parece aqui ser a questão fundamental perquirir “o que”, com base na expectativa social, pode ser imputado.

Essa teoria de imputação tem reflexo direto na concepção de **ação típica**, que será unificada em um supraconceito, abarcando tanto a concepção de ação

---

autor que a teoria da prevenção geral positiva subdivide-se em fundamentadora e limitadora. Na fundamentadora, na qual se encaixa a visão de Jakobs, a missão da pena é apenas a de “reafirmar o reconhecimento da validade da norma” em uma verdadeira função educativa na formação da consciência ética dos cidadãos. Como se percebe, com o escopo de educar o corpo social no que se refere ao reconhecimento de validade da norma, a vertente fundamentadora poderia ampliar muito o espectro de incidência do direito penal, o que deporia contra uma visão de intervenção mínima, surgindo dessa crítica uma nova vertente para a prevenção geral positiva, a vertente limitadora que, embora reconheça o efeito comunicativo de reforço da norma na aplicação da pena, exige critérios que limitem a intervenção penal, calcados na culpabilidade (Claus Roxin), na proporcionalidade obtida da relação dialética entre necessidade de prevenção e respeito à humanidade e à ressocialização do delinqüente (Silva Sánchez) etc. Idem, p.105-8.

<sup>86</sup> Luís GRECO. Imputação Objetiva: Uma Introdução, cit. p. 122.

como de omissão, desde que o autor defraude a expectativa social, alargando-se, portanto, a visão de garantidor no Direito penal. Pode-se afirmar, portanto, que para Jakobs “*só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, isto é, com independência do que pense ou deseje o autor, viole um papel; este papel traduz-se, dogmáticamente, através da figura da posição de garantidor, adotada pela dogmática tradicionalmente somente para delimitar o âmbito do delito omissivo impróprio. Ao autor somente serão imputados aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir, aqueles riscos em face dos quais ele desempenhe uma posição de garantidor – pouco importando se o autor provoca o resultado por ação ou por omissão*”<sup>87</sup>.

A imputação objetiva de Jakobs apresenta apenas dois requisitos: a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização do risco gerado.

A criação do risco desaprovado pelo ordenamento, para Jakobs, coincide exatamente com a violação de dever contrário às expectativas sociais e pode ser **afastado** em quatro situações<sup>88</sup>:

1) risco permitido: aquele que pratica algo compreendido pela expectativa social não a viola, não podendo ser responsabilizado; por exemplo, em um acidente de trânsito em que A e B colidem, e A está em velocidade permitida e B em velocidade superior ao limite, perdendo o controle do automóvel, A, apesar de estar conduzindo o veículo, gerando risco de colisão, como aliás ocorreu, não responderá pelo fato, pois sua conduta pautou-se na geração permitida de risco;

2) princípio da confiança: como “nem tudo incumbe a todos”<sup>89</sup>, cada qual poderá confiar que os demais integrantes do corpo social comportar-se-ão de forma balizada pela norma, não respondendo o autor se se mantiver no âmbito de sua esfera de atribuições e outra pessoa transgredir a expectativa, envolvendo-o no fato; por exemplo, estaria excluída a responsabilidade do vendedor de punhal, acima citado como exemplo de Roxin, já que sua conduta partia do princípio de que o comprador do punhal iria também portar-se conforme a norma;

---

<sup>87</sup> Idem, p. 125.

<sup>88</sup> Luís GRECO. Imputação Objetiva: Uma Introdução, cit. p. 126-8.

<sup>89</sup> Günther JAKOBS, *apud* Luís Greco. Imputação Objetiva: Uma Introdução, cit. p. 126.

3) proibição de regresso: ainda que o comportamento do agente seja neutro, ou seja, não haja reprovação nem aprovação da conduta, o agente não poderá responder se alguém dele valer-se para finalidade criminosa; assim, *e.g.*, se alguém compra uma passagem para uma pessoa, o que socialmente sequer pode ser considerado um risco não controlado, portanto de certa neutralidade, e essa pessoa, já no lugar de destino é morta, a responsabilidade pelo fato não deve recair sobre aquele que comprou a passagem;

4) competência da vítima: quando o risco estiver no âmbito de competência da vítima, como no caso do traficante citado por Roxin, que vende heroína, não há que se falar em responsabilidade penal para quem praticou a conduta inicial.

Como se percebe, o terceiro elemento da imputação objetiva de Roxin – exigência de que o resultado realizado esteja no âmbito de proteção da norma – inexistente na estrutura de Jakobs, sendo abrangido pelo critério de geração do risco desaprovado.

Como último elemento, para a imputação objetiva, na visão do autor estudado, é necessário que o risco gerado se realize. Nessa investigação, não se nega a necessidade de haver nexos causal como ponto de partida, ao menos nos delitos de resultado – encontra-se aqui mais uma diferença da concepção de Roxin, que não trabalha com a idéia de causalidade física –, depois passa-se a verificar qual dos riscos concorrentes para o resultado é necessário para explicá-lo, ou seja, averigua-se se o resultado foi gerado pelo risco desaprovado gerado pelo autor, ou se ele decorreu de “complexos fatores ou outros riscos, inclusive criados pelo próprio autor, desde que permitidos”<sup>90</sup>.

No que concerne à estrutura do crime, não pode ela partir da aceitação de estruturas lógico-objetivas, mas sim perseguir um caminho inverso, iniciado na definição dos fins do Direito penal, que condicionarão os elementos estruturais do delito.

---

<sup>90</sup> Luís GRECO. Imputação Objetiva: Uma Introdução, cit. p. 128.

Segundo seu raciocínio, conforme já exaltado, deve-se partir do princípio de que o fim do Direito penal é reforçar as expectativas normativas. Em decorrência, os elementos do delito devem ser compreendidos a partir dessa estrutura.

Já referiu-se à ação como um supraconceito, abarcando a ação e a omissão sob o signo da defraudação de expectativas, negando-se um conceito ontológico e partindo para um conceito normativo da ação: não importa a ação em sua essência, mas a ação típica descrita pela norma penal, que condensa a defraudação de expectativa social.

No que se refere à **culpabilidade**, pode-se sacramentar que, para Jakobs, os fins da pena e, portanto, do Direito penal, condicionam seu conteúdo. “Se a função da pena determina o conteúdo das categorias dogmáticas, e, portanto, da culpabilidade, essa perspectiva rompe com esse limite material, porque apesar de que um sujeito não possa atuar de outra maneira pode ser culpável, quando as necessidades de prevenção geral assim o indiquem. O eixo central *deixa de ser o poder* comportar-se conforme a norma, e o constitui o dever fazê-lo, que é uma perspectiva distinta. *Esse dever se estrutura de acordo às necessidades de prevenção geral*”<sup>91</sup>.

Montealegre Lynett, para demonstrar a visão de Jakobs, traz o exemplo de Roxin:

“Duas pessoas se encontram numa granja e um incêndio no bosque, de imensas proporções, rodeia o lugar. A única forma de salvar a vida é fugir num cavalo que se encontra no estábulo. Entretanto, esta somente permite que uma pessoa escape. Uma delas foge a galope, e a outra morre por asfixia quando o fogo recrudesce. Por que essa pessoa não é culpável? A concepção finalista diria: porque não podia atuar de outra maneira, porque se diminuíram consideravelmente suas possibilidades de eleição. Mas que acontece no mesmo exemplo se a pessoa que abandonou apressadamente a granja é um membro do corpo de bombeiros? Aqui a pessoa, em virtude de uma cláusula de exigibilidade, tinha o dever de assumir um perigo maior que o da generalidade das pessoas, salvo se fosse seguro a perda de sua vida. Por que então, se não podia atuar de outra maneira, é culpável? Porque as necessidades de prevenção lhe impõem o dever de assumir uma conduta distinta. Com efeito, impõem-se uma pena para que a sociedade possa seguir confiando em certas instituições, pois a pessoa não toma precauções especiais para controlar um incêndio sobre a base de uma confiança legítima de que em caso de fogo contará com o apoio de determinados organismos”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. Introdução à Obra de Günther Jakobs. In Direito Penal e Funcionalismo, cit. p. 17.

<sup>92</sup> Idem, p. 17.

Essa afirmação leva a uma crítica forte de Jakobs ao conteúdo normativo puro da culpabilidade idealizado no finalismo. Welzel “ao transladar o dolo natural ao tipo penal, sob o entendimento de que o conhecimento dos fatos não joga nenhum papel no juízo de reprovação, leva até suas últimas conseqüências a concepção normativa. Welzel encontrou que o *não poder atuar de outra maneira* era estrutura lógico-objetiva sobre a qual se edificava a culpabilidade. Sobre esta base, este elemento se converte num limite material à intervenção punitiva do Estado e às necessidades de prevenção”<sup>93</sup>, o que afronta diretamente a visão de Jakobs para o Direito penal.

#### 1.1.4.2.1 Günther Jakobs e o Direito penal do inimigo

No sistema funcional idealizado por Jakobs, o radicalismo acentua-se no chamado “Direito penal do inimigo”, que leva os fins do Direito penal, na visão do autor, a justificar os meios.

Embora indique a correlação de um com o outro, Jakobs secciona sua doutrina em duas vertentes: uma aplicada ao cidadão e outra aplicada ao inimigo daquele grupo social.

Ao arrimar sua doutrina em bases filosóficas respeitáveis, o autor parte do contrato social e constata como premissa que há um tipo de criminalidade em que seu autor infringe dito contrato, de maneira a não mais usufruir de seus benefícios: “a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica”<sup>94</sup>. Em conseqüência, como malfeitor que ataca o corpo social, não integra mais o Estado, encontrando-se em situação de guerra com ele, perdendo o status de cidadão em uma verdadeira **morte civil**<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Idem, p. 16.

<sup>94</sup> Günther JAKOBS. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, in *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução para a Língua Portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

<sup>95</sup> Idem. Ibidem.

Logicamente, o sistema vigente não pode aplicar essa conformação a todos os criminosos, mas apenas àqueles que não aceitem o retorno à sociedade e o cumprimento dos deveres que ela lhes impõe, ou seja, quem não aceita participar da um “<<estado comunitário legal>>, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser <<tratado>>, como anota expressamente Kant, <<como um inimigo>>”<sup>96</sup>. Para esse inimigo, conforme a constatação do autor em fatos recentes – como o ataque ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001 –, pode haver uma antecipação de tutela penal pela aplicação da pena, de modo a garantir o Estado<sup>97</sup>.

Em resumo, portanto, pode-se fundar que o “Direito penal conhece dois pólos ou duas tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de continuar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por periculosidade”<sup>98</sup>, em nítida antecipação de tutela penal, ou melhor, uma “custódia de segurança antecipada que se denomina pena”<sup>99</sup>, como prefere o autor.

Há também o reflexo processual penal dessa cisão, como, por exemplo, a possibilidade de prisão preventiva para o inimigo como mera medida de coação, a retirada compulsória de sangue, intervenções nas comunicações, intervenção de agentes infiltrados, incomunicabilidade do preso, inclusive com seu advogado, e outras investigações secretas. Assim como no “Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado”<sup>100</sup>.

Por fim, pode-se dizer que o Direito penal do inimigo é uma exacerbação da visão funcional do Direito penal, que extrema a finalidade da pena de acordo com

---

<sup>96</sup> Idem, p. 28-9.

<sup>97</sup> Günther JAKOBS. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, cit., p. 36.

<sup>98</sup> Idem, p. 37.

<sup>99</sup> Idem, p. 38.

<sup>100</sup> Idem, p. 40.

uma divisão entre o cidadão e o inimigo. O inimigo, que não mais é tratado como pessoa, por estar em guerra com o Estado, possuirá uma conformação diferente para o Direito penal substantivo, em que haverá uma custódia antecipada, tendo a privação de liberdade como pena por excelência, e para o Direito penal adjetivo, em que as garantias processuais serão mitigadas ao mesmo passo que medidas de coação inaceitáveis no Direito processual penal do cidadão tomarão lugar.

### 1.1.5 A exaltação da “revolução welzeniana”

Consignados o desenvolvimento e as características dos sistemas penais – causalista (clássico e neoclássico), finalista e funcionalista – que interessam à pesquisa, urge, agora, eleger o sistema principal que norteará o raciocínio.

Em primeiro plano, no entanto, deve-se averiguar quais sistemas os Códigos Penais analisados adotaram, para então eleger a premissa de trabalho. Nessa construção, conforme será visto, pode-se falar em **Direitos Penais Brasileiros**, porquanto é possível reconhecer a existência, ao menos legal, de dois sistemas concomitantes.

### 1.1.6 O sistema adotado no Código Penal Militar

Há provas, irrefutáveis, de que o Código Penal Castrense – o Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – adotou um esquema causalista neoclássico.

Em primeiro plano, o conteúdo histórico já indica essa vertente, porquanto o finalismo de Hans Welzel apenas aportou no Brasil em 1984, por meio da reforma penal trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho daquele ano. Essa reforma, no entanto, apenas alcançou a Parte Geral do Código Penal comum, esquecendo-se do Código Castrense, datado da década de 60, mais precisamente de 1969.

Mas há outros indícios, agora legais, de adoção do causalismo no Código Penal Militar, a saber:

1) conceito de ação: a ação no Código Penal Castrense prescinde do elemento subjetivo, o que fica bem claro na definição legal da culpabilidade, que abarca os conceitos de dolo e de culpa. Com efeito, o art. 33 do Código Penal em análise, sob a rubrica da culpabilidade, traz as definições para o dolo e a culpa, transmitindo nitidamente que o elemento subjetivo do crime não está alocado na conduta, no fato típico, mas na culpabilidade; por essa previsão, portanto, pode-se afirmar que a ação no Código Penal Militar é causal;

2) não-separação de coação moral e física: corolário de um conceito causal de ação, a conduta prescinde de elemento subjetivo, portanto, não importa se foi ela praticada sob coação moral ou física, ainda assim ela existirá, prosseguindo-se na análise do delito. A coação moral elimina a possibilidade de ação conforme o direito, enquanto a coação física elimina o elemento subjetivo do crime. Ocorre que ambos, na estrutura causal, estão alocados na culpabilidade, sendo sua consequência a isenção de pena; por essa razão, o § 2º, do art. 38 e o art. 40, ambos do Código Penal Militar, não fazem distinção dos efeitos da coação moral ou física;

3) conceito psicológico-normativo da culpabilidade: a revelação de que a culpabilidade é recheada por dolo ou culpa leva a um conceito psicológico da culpabilidade e a presença de outros elementos, como a inexigibilidade de conduta diversa pela coação (moral ou física) ou pela obediência hierárquica (art. 38 do CPM) e pelo estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM), indicam que a culpabilidade também prende-se a elementos normativos, configurando-se, portanto, como uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade;

4) adoção do *dolus malus*: embora a definição de dolo, no inciso I do art. 33 do Código Penal Militar, não diga isso expressamente, o Código adotou um conceito de dolo normativo (*dolus malus*), em que a consciência da ilicitude está nele embutida; como prova, basta a análise do art. 36, *caput*, do Código Castrense, que trata do erro de fato. Referido dispositivo consagra duas possibilidades do instituto, sendo uma delas, grafada na segunda parte do artigo, a que trata das discriminantes putativas, com consequência de isenção de pena. Ora, se nas discriminantes putativas o agente ignora a ilicitude do fato, por pensar existir uma real exclusão da ilicitude que não existe, e essa não-consciência é equiparada no

erro de fato ao desconhecimento de elemento que constitui o crime, portanto, exclusão de dolo (primeira parte do *caput*, do art. 36), tendo por consequência a isenção de pena, é porque dolo e consciência da ilicitude confundem-se, sendo este elemento daquele.

Como consequência da estrutura causal, frise-se, o Código Penal Castrense adota, embora não diga expressamente na exclusão de crime (art. 42 do CPM), um conceito tripartido de delito, em que a culpabilidade está nele inserido. Em uma frase: para o Código Penal Militar, crime é fato típico, antijurídico e culpável.

### **1.1.7 O sistema adotado no Código Penal comum**

O Código Penal comum (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a reformulação da Parte Geral trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), por outro bordo, adotou o finalismo por sistema reitor, o que também pretenderá demonstrar-se pelos mesmos critérios vistos para o Código Penal Militar.

No conteúdo histórico, a Lei n. 7.209/84, acima citada, reformou exatamente a Parte Geral do Código Penal comum, isso sob a influência de Francisco de Assis Toledo, um de seus idealizadores e discípulo do conceito final de ação<sup>101</sup>.

Quanto aos indícios legais, pode-se assentar:

1) conceito final de ação: a ação no CP exige o elemento subjetivo, prova disso é a definição de dolo e culpa não mais sob a rubrica da culpabilidade (art. 18 do CP);

2) separação de coação moral e física: conforme se denota do art. 22, apenas a coação moral isenta o agente de pena; a coação física é excludente de conduta, portanto de fato típico;

3) conceito normativo puro da culpabilidade: a adoção da sistemática do erro, em que a ignorância da ilicitude isenta de pena enquanto o erro de tipo afasta o

dolo, transmite a clara separação entre dolo e consciência da ilicitude, avaliados em graus diversos: o dolo na conduta e a consciência da ilicitude na culpabilidade (isento de pena, comanda o art. 21 do CP); adota-se o **dolo natural**. Ao lado da consciência da ilicitude estão ainda a imputabilidade (art. 28) e a exigibilidade de conduta diversa (art. 22).

Deve-se indicar, no entanto, que tais indícios são relativizados por alguns autores, que entendem que o Código Penal comum não acatou os postulados de Welzel. Por todos, vide Magalhães Noronha:

“Não se nega seja a ação *finalista*; ela é atividade dirigida a um fim. Entretanto dita teoria desloca apenas o problema: considera o fim no estudo da ação, tirando-o da culpabilidade e tornando vazio o dolo.

Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: ele leva ao juízo valorativo da ação em momento não-oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.

Ocorre que o vigente Código Penal, em razão da modificação introduzida quanto à estrutura do erro e somente por tal motivo, tornou polêmica a questão sobre se adotada a teoria da ação finalista. Em sentido afirmativo, isto é, houve modificação para a adoção da teoria finalista, manifestaram-se os ilustres Professores Damásio E. de Jesus, Manuel Pedro Pimentel e Heleno Fragoso.

A nós parece que não ocorreu tal inovação, continuando a legislação a trilhar seu caminho tradicional.

Com relação ao erro, a modificação introduzida constitui apenas na adoção de uma solução que em absoluto se restringe ao finalismo, tanto que compatível com a teoria social da ação. Tal fato, isto é, a nova estrutura do erro, não obriga necessariamente a aceitação de uma nova estrutura do crime. Saliente-se que os nobres autores e mestres citados já adotavam como fixação doutrinária a teoria da ação finalista, seguidores de Hans Welzel, o que também os teria levado a concluir pela modificação, aplaudindo o princípio por eles prestigiado.

O juiz e jurista Ricardo Andreucci, um dos autores do Anteprojeto do vigente Código, portanto, em interpretação autêntica, afirmou que na verdade não surgiu um novo Código, mas apenas uma lei de reforma, conservando a filosofia do anterior<sup>102</sup>.

Com todo respeito ao autor, não foi só a sistemática do erro que indicou o giro finalista no Código Penal comum, mas outros dispositivos e fatos históricos já enumerados. O próprio reconhecimento de uma ação final já indica esse giro. A alegação de possibilidade de aplicação da teoria da ação social não nega o finalismo, mas como já indicado nas palavras de Cerezo Mir<sup>103</sup>, evolui sobre ele,

<sup>101</sup> Vide item 6 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal.

<sup>102</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 98-9.

<sup>103</sup> (...) Welzel volta agora à concepção da adequação social como causa de exclusão da tipicidade que havia mantido já na 2ª edição de seu *Manual* e na primeira edição desse livro. Essa mudança é lógica, pois, ao conceber Welzel a adequação social como causa de justificação, incorria em uma contradição com seu conceito de tipo...Se a conduta socialmente adequada está conforme a ordem

como permitiu o próprio Welzel. Mais fraca ainda a alegação de interpretação autêntica de Ricardo Andreucci, porquanto também a profere Francisco de Assis Toledo, que acerca da teoria normativa pura da culpabilidade, signo do finalismo, dispôs:

“A experiência do direito penal, por vezes dramática, tem revelado que juízes e tribunais, na grande maioria dos casos, dentro de uma concepção tradicional, esquecem-se da própria *culpabilidade*, o mais importante elemento do crime, ao confundi-la com o dolo e a culpa. Verificando que o agente atuou com dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não pesquisam a inevitabilidade do fato e, pois, sua censurabilidade. Com a nova construção, ver-se-ão os julgadores, necessariamente e sempre, diante do problema da *culpabilidade*. De uma culpabilidade *concreta* do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória.

Ao decidir, num instante derradeiro, pela aplicação da pena criminal, antes de proferir seu julgamento final, haverá o juiz que defrontar-se com esta advertência de Welzel: ‘A censura de culpabilidade pressupõe tenha podido o autor formar sua resolução de ação antijurídica mais corretamente, ou seja, de acordo com a norma. E isto não em um sentido abstrato de *algum homem* no lugar do autor, mas no mais concreto sentido de que *este homem, nesta situação*, tenha podido formar sua resolução de vontade de acordo com a norma’<sup>104</sup>.

Deve-se frisar que Ricardo Antunes Andreucci passou a integrar o cenário da reforma do Código Penal na terceira Comissão para a elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal, nomeada pelo então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, pela Portaria n. 1.043, de 27 de novembro de 1980. Essa comissão, que contava também com a presença de Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e de Hélio Fonseca, foi presidida por Francisco de Assis Toledo, que aliás já integrava as Comissões anteriores.

Quanto à adoção de um conceito tripartido de crime, bastam os argumentos expostos acima, no subitem 1.1.3.1, para assentar a correção desse conceito.

---

ético-social normal, histórica, da comunidade, não pode ser ao mesmo tempo típica, ou seja (segundo o conceito de tipo de Welzel), *relevante* para o Direito Penal. O tipo penal não é para Welzel uma descrição avalorada (vide as p. 49 e ss. desse livro), mas uma seleção das condutas que supõem uma infração grave, insuportável, da ordem ético-social da comunidade”. José CEREZO MIR *apud* Hans WELZEL. *O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, cit., p. 58, nota 12.

<sup>104</sup> Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, cit., p. 232.

### 1.1.8 A negação do Funcionalismo como premissa do trabalho

É possível iniciar a presente argumentação, firmando-se que, como lembra Bacigalupo acerca do funcionalismo penal, “nenhum dos sistemas tem validade absoluta. Na medida em que nenhuma das teorias da pena a tem, tampouco poderiam ter os sistemas dogmáticos conectados com elas”<sup>105</sup>.

De fato, orientar um sistema pela finalidade da pena, em que pese seu mérito por entender a finalidade da pena como a própria finalidade do Direito penal, é por demais arriscado, dada a incerteza da concepção da pena ao longo dos tempos. Jakobs, por exemplo, busca em Hegel e em Kant sua fundamentação; Roxin, por seu turno, sustenta uma visão unificadora dialética que pretensamente visa a reduzir os exageros unilaterais<sup>106</sup>.

As críticas ao funcionalismo penal, no entanto, não se encerram na falta de critério único para a finalidade orientadora do sistema, mas passa por outros setores. A iniciar, com Hirsch, a teoria de Günther Jakobs, demonstra um retorno desmedido ao normativismo ao qual o finalismo fez oposição. Diz o Professor da Universidade de Colônia, na Alemanha:

“(...) A concepção de *Jakobs*, por sua vez, encontrou repúdio maciço. Critica-se que o normativismo *radical* por ela defendido, segundo o qual todos os conceitos da lei devem ser entendidos como produtos do legislador, renuncia toda e qualquer ligação entre direito e realidade pré-jurídica. Também a proposta de analisar o conteúdo do injusto do delito unicamente a partir da perspectiva da quebra da norma, e não do bem jurídico por ela protegido, é recusada como excessivamente formal. Da mesma forma, consideram-se os conceitos que *Jakobs* continuamente utiliza em sua argumentação, como ‘competência’ e ‘estabilização da norma’, impróprios para a dogmática, por serem demasiado extensos e indeterminados. Duvida-se, com razão, até mesmo da possibilidade de derivar deles um sistema dogmático com distinções mais exatas. Aponta-se neste contexto para o fato de que quase todas as conclusões a que chega *Jakobs* são idênticas às que já havia desenvolvido a dogmática tradicional. Além disso, a tese de que a culpabilidade seria um derivado da prevenção geral é decididamente criticada. Uma tal postura significa uma desindividualização do conceito de culpabilidade e desconhece que a culpabilidade serve de conceito contraposto à prevenção geral, que deve proteger o autor de punições excessivas na prevenção geral”<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 185.

<sup>106</sup> Claus ROXIN. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3 ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 44.

<sup>107</sup> Hans Joachim HIRSCH. *Sobre o Estado Atual da Dogmática Jurídico-penal na Alemanha*, cit., p. 74.

Com efeito, ao contrapor-se a Welzel com seu modelo funcional, Jakobs distancia-se muito de uma realidade pré-jurídica, levando a uma total insegurança em relação aos conceitos e, em consequência, em relação ao próprio Direito penal.

O normativismo extremo dá ampla liberdade à norma e ao legislador, levando sim a uma situação de inconstância, em que novos legisladores podem simplesmente apagar tudo o que se pensou em Direito penal, com a edição de leis, não raramente toscas e com mero efeito simbólico.

A crítica de Jakobs à teoria normativa pura da culpabilidade mostra-se infundada. Para ele, era irrelevante o deslocamento do dolo para a conduta, esvaziando a culpabilidade de elemento psicológico (vide subitem 1.1.4.2, *in fine*). Sobre essa crítica a Welzel, deve-se consignar que, primeiro, nunca foi idealizada uma culpabilidade totalmente desprovida de valoração, ao contrário, o juízo sobre a culpabilidade é sim um juízo de reprovação, porém, feito sobre premissas necessárias para que esse juízo seja correto. Essas premissas são trazidas pela lei penal, de acordo com a orientação de política criminal vigente, constituindo assim um conteúdo normativo mínimo para a reprovação, o que configuraria o conteúdo da culpabilidade trazido pela norma.

Isso não obsta, no entanto, que a culpabilidade, além de elemento do delito, mesmo em uma concepção normativa pura, assuma outros papéis na teoria do fato punível, assim como um princípio a afastar a responsabilidade penal objetiva e, principalmente ao que agora nos interessa, como medida de definição de pena. Nesse critério, a culpabilidade, não-estrutural ao crime, ganha conotação valorativa, atendendo ao clamor por prevenção: quanto maior a culpabilidade, maior a reprovação e, conseqüentemente, maior o *quantum* da pena. Aliás, a própria concepção de Welzel da reprovabilidade como pressuposto de pena deixa claro que há sim um campo valorativo atrelado à culpabilidade. Para o dileto autor, se “concorrem os elementos intelectuais e volitivos da culpabilidade o fato antijurídico é reprovável e em princípio punível – salvo quando é exigida a concorrência de uma condição objetiva de punibilidade ou a ausência de uma causa pessoal de exclusão de pena. Quando a reprovabilidade for menor (por exemplo, no caso de

imputabilidade diminuída ou de erro de proibição vencível), isso será devidamente levado em conto na medida da pena (...)”<sup>108</sup>.

Claramente, Welzel estabeleceu três campos em que se pode reconhecer a culpabilidade: no tipo penal, ao idealizar a tipicidade complexa, exigindo-se dolo ou, no mínimo, culpa para o reconhecimento de uma conduta relevante penalmente, fundamentando, assim, a aplicação de uma pena; na culpabilidade como elemento do crime, pressuposto necessário para que seja feito o juízo de reprovação sobre a conduta do autor do fato; e na medida de pena, calcada no grau de culpabilidade verificado. Essa constatação já nos deu há muito Cezar Roberto Bitencourt ao sustentar:

“Em primeiro lugar, a culpabilidade — como fundamento da pena — refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade — como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade — como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade (...)”<sup>109</sup>.

A concepção de Jakobs, ao definir a estrutura do delito, a partir do fim prevalente da prevenção pela aplicação da pena, permite a responsabilização penal, por exemplo, sem que haja dolo ou culpa – embora adote posteriormente outros critérios limitadores – e, pior, permite até alcançar o inimputável, aplicando, sob o signo da necessidade de prevenção, uma pena àquele que não tem capacidade de conduzir-se na retidão exigida por uma falha de formação biológica. Note-se que essa possibilidade – aplicação de pena ao inimputável – nega a própria teoria da

---

<sup>108</sup> Hans WELZEL. O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, cit., p. 143.

<sup>109</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 275-6.

prevenção geral adotada por Jakobs, porquanto a pena aplicada ao autor do fato não terá o significado comunicativo aos demais indivíduos da sociedade que também não possam dirigir seu comportamento de acordo com a compreensão do certo e do errado.

Em outras palavras, para o portador de desenvolvimento mental retardado, por exemplo, saber que uma outra pessoa portadora de sua mesma deficiência foi submetida a uma pena significará um fato qualquer, sem nenhuma significação lógica de reprovação sobre uma conduta frustradora de expectativas normativas. Aliás, deve-se trabalhar até com a hipótese de que o inimputável em exemplo sequer é capaz de conhecer os impulsos comunicativos exteriores ao seu ser.

O exemplo de Roxin, trazido por Montealegre Lynett, das duas pessoas que estavam na granja durante um incêndio no bosque (subitem 1.1.4.2), com a devida vênia, não convence que Welzel errou em seu sistema.

Primeiramente, no caso da pessoa não-pertencente ao corpo de bombeiros, que foge, a discussão acerca da responsabilização no sistema welzeniano dar-se-ia no campo da antijuridicidade e não da culpabilidade, ou seja, não haveria injusto típico pela exclusão da antijuridicidade pelo estado de necessidade, trazido expressamente na legislação penal comum brasileira. Para os adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo, sequer haveria um fato típico.

Mesmo que se considere o caso de a pessoa que abandonou a granja pertencer ao corpo de bombeiros, o Código Penal comum exige que ele se porte de modo diverso e, no exemplo dado, ele poderia fazê-lo ou, de outra forma, não o consignaria, “salvo se fosse seguro a perda de sua vida”, ou seja, somente lhe seria inexigível conduta diversa se a morte do bombeiro, ao tentar salvar a outra pessoa significasse sua morte certa.

No contexto apresentado, a solução welzeniana seria perfeita, ao menos com a configuração apresentada no Código Penal brasileiro, com a reforma finalista de 1984, para ambos os casos. O Código Penal comum, em seu art. 24, dispõe que se considera em estado de necessidade “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito

próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” e completa em seu § 1º que não pode alegar estado de necessidade quem estava obrigado a arrostar o perigo, como o caso do integrante do corpo de bombeiros. Em arremate, dispõe no § 2º que se era exigível o sacrifício do bem jurídico protegido, a pena será aplicada de forma reduzida na proporção de um a dois terços.

Em outro sentido, mesmo que o injusto típico esteja intacto (configurado), o agente pode ter sua culpabilidade afastada pela inexigibilidade de conduta diversa, elemento que passou a ser aferido com o surgimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, idealizada principalmente por Frank, como acima se demonstrou. O Código Penal expõe duas espécies legais de circunstâncias em que a inexigibilidade, por força da norma, é reconhecida: a coação irresistível e a obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal (art. 22). Contudo, aceita-se pacificamente a exclusão da culpabilidade por causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

Por tudo o que se expôs, a solução para os casos dos exemplos seria na seguinte conformidade:

a) **Para o cidadão comum:** estaria ele em estado de necessidade se a situação fosse tal que importasse na perda de sua vida; caso houvesse outro modo de evitar o perigo para sua vida, no entanto, o injusto típico estaria intacto – excluindo-se aqui a possibilidade de ser-lhe exigível o sacrifício da vida –, resolvendo-se a questão no âmbito da culpabilidade com a aplicação de pena diminuída. Note-se que, na primeira opção – reconhecimento do estado de necessidade –, nem se chegaria à avaliação sistemática da culpabilidade.

b) **Para o integrante do corpo de bombeiros:** antes de enfrentar a questão, deve-se lembrar que o integrante dos corpos de bombeiros do Brasil são militares dos Estados, sujeitos, portanto, ao Código Penal Militar, que possui estrutura diversa daquela constante do Código Penal comum; porém, apenas para levar aos argumentos interessantes, trabalhe-se com a hipótese de aplicação do Código Penal comum a essa categoria de agentes públicos. Para o exemplo em relevo, por expressa determinação legal, o estado de necessidade estaria afastado, porquanto teria ele o dever de arrostar o perigo (art. 24, § 1º, do Código Penal). No entanto, isso, por si só, não leva à confirmação de que sua conduta é reprovável;

como já indicado, o próprio exemplo exclui a possibilidade de morte certa do agente público, o que leva à conclusão de que lhe era exigível conduta diversa. Em outras palavras, caso houvesse certeza de sua morte, nem mesmo o bombeiro estaria obrigado a suicidar-se, o que tornaria inexigível outro proceder de sua parte (também causa supralegal). O exemplo indicado, entretanto, não trabalha com essa hipótese, ou seja, era exigível conduta diversa, pois não era certo que o bombeiro, se tentasse salvar a outra pessoa, morreria, devendo haver a condenação, atendendo-se contudo, à correta dosimetria da pena, em uma das acepções da culpabilidade, conforme impõe o art. 59 do *Codex* em análise.

Mesmo no sistema causal do Código Penal Militar, o bombeiro não seria condenado, pois estaria em estado de necessidade exculpante, nos termos do art. 39 do referido diploma que, ressalte-se, sequer menciona a exclusão daquele que tem o dever de arrostar o perigo.

Derradeiramente, admitir que o Direito penal seria instrumento de manutenção na expectativa de confiança na instituição “corpo de bombeiros” seria anuir em uma expansão tal do Direito penal que qualquer expectativa seria capaz de fundamentar a existência de uma norma penal. Espera-se também que as prefeituras mantenham as cidades limpas e, nem por isso, mesmo diante de uma proliferação de roedores, o funcionário da limpeza que deixa de recolher um invólucro deve ser condenado por crime. Parece que o Direito administrativo deve ter – e tem – seus instrumentos próprios para a manutenção da credibilidade ou das expectativas que se depositam sobre seus órgãos. Volta-se, por essa vertente, a uma coisificação do indivíduo, tendo-o como um exemplo para que outros de sua profissão não o sigam. Mais ainda, rompe-se com o princípio da intervenção mínima, negando-se o caráter fragmentário e subsidiário do Direito penal, transformando-o em *prima ratio* e não mais em *ultima ratio*, como deveria ser.

Quanto ao Direito penal do inimigo, tem-se apenas como uma vertente simbólica da pena, ou seja, impõe-se um mal concreto – a pena –, para a obtenção de um efeito simbólico, simplesmente demonstrando a “impressão tranquilizadora de

um legislador atento e decidido”<sup>110</sup>, que, em verdade, não resolverá o problema pela geração de leis que distingam o cidadão do inimigo.

Ademais, o Direito penal do inimigo, simbólico por natureza, não identifica fatos de extrema agressão à sociedade, mas pessoas potencialmente lesivas, chegando-se a uma definição social adequada àqueles que conduzem o sistema, de modo a dizer que “inimigos” são os outros, que não se enquadram em determinada identidade<sup>111</sup>.

Não é preciso mencionar os riscos que a sociedade suportaria na adoção de um Direito penal de inimigo. Muito dele já foi experimentado durante os regimes de exceção, que rotulavam pessoas como inimigas do *status quo* imperante e, por essa razão, suprimiam-lhes os bens, a liberdade e até a vida.

Menos radical, a visão de Claus Roxin encontrou maior eco na doutrina. Contudo, não parece que a imputação objetiva e, por conseqüência, seu sistema funcional-racional tragam novas soluções para problemas antigos.

Para essa demonstração, tomem-se seus exemplos (subitem 1.1.4.1), que também são solucionados por um sistema ontológico, como o é o finalista. No sistema finalista, obviamente, as interpretações das estruturas podem e devem ser permeadas por um grau de normatividade, principalmente no que concerne aos princípios da ciência penal. Deve-se, em outras palavras, buscar limites interpretativos, com o fito de reduzir o espectro do Direito Penal, com base no princípio da razoabilidade e, sobretudo, da culpabilidade, sendo, com a devida vênia, despicienda a imputação objetiva.

No caso do aconselhamento de A para que B vá à Flórida, lá sendo morto, não haverá, obviamente, responsabilização no sistema finalista, porque não há o elemento subjetivo, ou seja, A vislumbrou a possibilidade de que B morresse, mas isso, nem de longe, significa dolo (muito menos culpa). Destaca-se esse exemplo para que se verifique o absurdo que se propõe quanto à responsabilização de A, aplicando-se a moldura finalista ao genro que, sabendo que sua sogra vai de

---

<sup>110</sup> Manuel CANCIO MELIÁ. <<Direito Penal>> do Inimigo? in *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução para a Língua Portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

carro ao supermercado, entrega-lhe a chave do veículo, torcendo para que ela sofra um acidente automobilístico ou para que morra em um assalto ao local onde fazia compras.

Obviamente que, dentro de uma aplicação razoável do sistema finalista, os dois casos configurar-se-iam fatos atípicos, assim como o do vendedor do punhal, que não pode responder pelo fato praticado por um terceiro que comprou o punhal, salvo se souber, com certeza, que iria ele matar alguém. O dolo eventual no último caso, ressalte-se, também passa ao largo, pois não assumiu o risco de produzir um resultado em face de uma conduta ilícita praticada, pois vender um punhal, observando-se as regras legais, não se configura uma conduta ilícita, admitindo-se somente o dolo direto, com a absoluta certeza de que o resultado irá operar-se.

No exemplo da ambulância, obviamente, a causalidade do fato foi interrompida. Essa regra, no Direito Penal Brasileiro, encontra clara solução, pois a causa superveniente, relativamente independente, que produziu por si só o resultado, impede que o autor do fato antecedente responda pelo resultado decorrente do segundo evento, respondendo apenas por homicídio tentado. Essa regra está expressa não só no Código Penal comum (art. 13, § 1º), de matriz finalista, mas também no Código Penal Militar, orientado pelo causalismo neoclássico (art. 29, § 1º). No mesmo sentido do aqui proposto, Guilherme Nucci, tomando o tradicional exemplo da morte do paciente internado em hospital em razão de um tiro, morte esta provocada pelo incêndio em todo o nosocômio, grafia que a causa relativamente independente “tem força para cortar o nexo causal, fazendo com que o agente responda somente pelo que já praticou. No exemplo supramencionado do fogo no hospital, trata-se de evento imprevisível pelo agente, de modo que, mesmo tendo produzido o motivo que levou a vítima ao nosocômio (dando-lhe um tiro), não deve responder pelo resultado mais grave, fora do alcance de sua previsibilidade. O incêndio não se encontra, nas palavras de De Marsico, na ‘linha evolutiva do perigo’, razão por que serve para cortar o nexo causal”<sup>112</sup>.

Na entrega de tóxicos, obviamente, o traficante não deve responder pelo homicídio. Em primeiro lugar, cabe lembrar que a conduta foi praticada pelo usuário

---

<sup>111</sup> Manuel CANCIO MELIÁ. <<Direito Penal>> do Inimigo? in *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, cit., p. 65.

da droga, sem nenhuma causa que lhe torne inimputável no exemplo versado, o que afasta a existência de homicídio e sim de suicídio. Também não está claro se o usuário não agüentava mais sua vida e decidiu dela dar cabo ou se houve uma overdose accidental, donde devem ser aventadas as duas hipóteses: a) caso tenha havido a conduta intencional de suicídio, não poderá haver a participação do traficante em homicídio, já que não existiu o fato principal de homicídio e sim de suicídio; o traficante, portanto, se estiver dentro de sua previsibilidade a overdose voluntária, deverá responder por tipo penal específico, atrelado ao suicídio (art. 122 do CP ou art. 207 do CPM); b) caso haja a overdose accidental, afasta-se a possibilidade de suicídio e duas conseqüências podem ocorrer: b1) se o traficante sabia da excessiva e letal quantidade a ser consumida, tendo certeza do evento morte futuro, sem que o usuário tivesse essa consciência, a hipótese é, sim, de homicídio; b2) caso a morte do usuário, que também não sabia que a dose era letal, não estivesse compreendida como linha evolutiva do perigo, como acima escrito, haveria, em relação à sua morte, fato atípico para o traficante, mesmo porque seu dolo – e sua venda de droga foi dolosa – não compreendia o resultado morte, não podendo ele, em face do princípio da culpabilidade, responder pelo resultado.

Em conclusão, portanto, o funcionalismo penal, principalmente nas conformações de Roxin e Jakobs, não pode ser acolhido como uma base sólida da presente pesquisa, dada sua fluidez conceitual enfeixada com a concepção de finalidade da pena de cada pessoa. Uma pesquisa centrada nesse sistema correria o risco de, no dia seguinte à sua conclusão, perder a atualidade em face da mudança de concepção dos fins do Direito penal pela aplicação da pena. Elege-se, portanto, a estrutura finalista da ação, com suas implicações, como sistema reitor do presente trabalho, restando apenas verificar se esse sistema pode, também, reger o Direito penal militar.

---

<sup>112</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 147.

### 1.1.9 O Direito Penal Militar e a possibilidade de aplicação de uma moldura finalista

Tanto o modelo finalista, adotado pelo Código Penal comum, como o causalista, adotado pelo Código Penal Militar, repousam em bases ontológicas. Embora com diferentes motes, sempre se busca em ambos os sistemas uma compreensão estrutural do delito, variando-se de acordo com a orientação filosófica reinante.

Agora, tomando por premissa que o modelo mais acertado, embora não perfeito, é o modelo finalista, seria possível impor a um Direito penal orientado por um Código causalista os dogmas trazidos pelo finalismo?

A resposta é em sentido afirmativo e, embora as dificuldades não sejam poucas, pode ser formulada de maneira bastante simples, tendo por premissa o fato de a legislação penal não definir crime. Em outros termos, o conceito analítico de crime não está atado à legislação penal, que pode surgir sob influência desse ou daquele modelo. É fruto, isso sim, de construção dogmática, transcendente à letra da lei, que deve esforçar-se para solucionar o maior número de casos possíveis, sob a orientação de determinada política criminal.

Por óbvio, o *ius positum*, no que concerne ao conceito analítico de crime, pode até torpear certos dispositivos, indicando, no Código Penal comum ou no Código Penal Militar, determinadas direções a serem seguidas, como acima apontado. Todavia, há grande gama de conceitos jurídicos indeterminados, que admitem a compreensão ajustada aos novos dogmas trazidos pela doutrina.

*In exemplis*, o Código Penal Militar, ao definir a infração penal dolosa e culposa, nos incisos I e II de seu art. 33, o faz sob a rubrica “Culpabilidade”, indicando claramente, como visto, que do enfoque por ele adotado, a ação é causal, enquanto a culpabilidade é psicológico-normativa. Isso, entretanto, não obsta a análise de uma ação, em face de um episódio em tese configurador de crime militar, com os contornos que hoje a caracterizam. Entenda-se, a ação (conduta), para possibilitar o início da investigação do delito pelo fato típico, deve ser considerada

com seu conteúdo subjetivo (dolo ou culpa), mesmo porque não há no Código Penal Militar um conceito legal de ação (ou mesmo de conduta).

Dessa forma, sustenta-se que é perfeitamente possível a aplicação de dogmas finalistas, ou de qualquer outro modelo que venha a ser mais bem considerado – o que não é o caso do funcionalismo, como demonstrado –, em uma moldura causalista, sob pena de responsabilização penal descompassada com a moderna teoria do fato punível, divorciada, em vários pontos, do heróico princípio da culpabilidade.

Na medida do possível, entretanto, o presente trabalho buscará enumerar a concepção específica do Código Penal Militar, buscando uma fidelidade sistêmica conveniente ao estudo.

## **1.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE**

Com a modernidade, principalmente após o fenômeno da globalização, houve uma alteração muito profunda no cenário estudado pelo Direito penal, onde os conceitos ontológicos tão sustentados pelo finalismo pareciam não dar guarida aos problemas emergentes. Detectam-se, por inúmeros fatores, novos bens jurídicos, surgem novas formas de conduta, enfim, as estruturas lógico-objetivas são abundantes, surgindo, pois, uma tendência de alargamento, de expansão do Direito penal.

Essa nova realidade, com efeito, marca a “antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela de uma sociedade cada vez mais complexa”<sup>113</sup>, havendo a necessidade, para alguns, de uma reformulação do Direito penal, a ponto de considerar essa nova realidade.

---

<sup>113</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. Tradução para a Língua Portuguesa de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 22.

Nessa esteira, Silva Sánchez postula a existência de velocidades do Direito penal, *in verbis*:

“No capítulo anterior ficaram caracterizadas que, a meu juízo, seriam as ‘duas velocidades’ do Direito Penal. Uma primeira velocidade representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já da prisão, senão da pena de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção”<sup>114</sup>.

Dessa forma, pode-se resumir a questão, da ótica de Silva Sánchez, firmando que o Direito penal da pós-modernidade fraciona-se em duas velocidades. O Direito penal de primeira velocidade, reservado às clássicas questões de Direito penal e à tutela de bens jurídicos tradicionais, caracteriza-se por um Direito penal mais severo no que concerne à sanção resultante – a privação de liberdade por excelência –, porém, as garantias substantivas e adjetivas seriam preservadas em nível máximo, focando-se a individualidade em vertente garantística.

De outro bordo, o Direito penal de segunda velocidade (ou de duas velocidades), destinado à tutela de bens jurídicos reinantes na era da globalização (ambiental, patrimônio virtual etc.), constituir-se-ia em um Direito penal menos garantístico, em que as premissas processuais em favor do acusado poderiam ser relativizadas, tendo, entretanto, como contrapartida, a impossibilidade de resultar em privação de liberdade, orbitando apenas entre as sanções restritivas de direitos e pecuniárias.

Há aqueles, como Alberto Silva Franco<sup>115</sup>, que reconhecem no Direito penal do inimigo uma terceira velocidade do Direito penal, marcado por um sistema que é severo nas sanções resultantes e nada garantístico nos limites processuais à persecução criminal.

---

<sup>114</sup> Idem, p. 148.

<sup>115</sup> Alberto Silva FRANCO. Prefácio. In Alice BIANCHINI. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 14.

### **1.2.1 O afastamento do Direito penal de duas velocidades do âmbito da presente pesquisa**

O Direito penal de duas velocidades não servirá de base para a presente pesquisa.

Em primeiro lugar, não convence a existência de um Direito penal diferente para diferentes criminalidades, sob pena de desvirtuamento dos conceitos já assentados. Muito mais eficaz seria a transladação desses casos de “nova criminalidade” para o campo do Direito administrativo sancionador, onde não haveria a restrição de liberdade e as sanções dele decorrentes passariam ao largo da privação de liberdade.

Há um grande risco em aceitar um Direito penal sem garantias processuais, a pretexto de uma não-privação de liberdade, e esse risco está exatamente na desenfreada produção legiferante. Em outros termos, o legislador poderia não cumprir o “pacto” de não apenar as novas formas de criminalidade com a privação de liberdade, como aliás já ocorre com certas leis criminalizadoras, como a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (“Lei dos Crimes Ambientais”), na qual a pena de reclusão é abundante.

Ademais, como o foco do presente trabalho está na omissão, pressupondo sua distinção de ação, e no concurso de pessoas, não há possibilidade de construir no Direito penal duas velocidades, porquanto há nele uma tendência à prevalência de formas estruturais típicas que não distinguem ação de omissão<sup>116</sup> e nem autoria de participação<sup>117</sup>. Nesse sentido, vide o art. 54 da Lei dos Crimes Ambientais, cujo preceito primário assim dispõe: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. Ora, “causar” é termo genérico que pode muito bem compreender a omissão, muito embora alguns defendam que a causalidade é indiferente nessa espécie delitiva, marcando a incerteza típica dessa nova vertente.

Em conclusão, além da eleição já demonstrada do finalismo como sistema reitor, será abandonada na presente pesquisa a possibilidade de um “Direito penal de duas velocidades”, pelas razões supra.

## 1.3 PRINCÍPIOS REITORES DO TRABALHO

Em derradeira construção de premissas, devem-se apontar os princípios norteadores da pesquisa, que serão, com mais constância e em pontos mais relevantes, citados para a explicação de determinados pontos. São eles o princípio da legalidade e o da culpabilidade.

### 1.3.1 Princípio da legalidade

Muitos entendem esse princípio como sinônimo do princípio da reserva legal. Outros já entendem este contendo aquele, sendo acompanhado pela irretroatividade da lei penal. Melhor explicando, para muitos, reserva legal confunde-se com legalidade; para outros tantos, a reserva legal é um princípio maior, composto da legalidade e da impossibilidade de retroação da lei penal.

Tomem-se, inicialmente, as lições de Cezar Roberto Bitencourt, que afirma que o “princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma verdadeira limitação do poder punitivo estatal”<sup>116</sup>, consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, pela fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Nitidamente, para o autor, a distinção entre legalidade e irretroatividade é desnecessária, podendo ambos os princípios ser condensados no disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Cidadã, com idêntica redação nos art. 1º do Código Penal e do Código Penal Militar.

---

<sup>116</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais, cit., p. 90-1.

<sup>117</sup> Idem, cit., p. 92.

<sup>118</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, cit., p. 10.

A origem desse princípio, no entanto, é muito anterior a Feuerbach. Em impagável evolução histórica, embora aponte o dissenso sobre a questão, André Vinicius de Almeida consigna que o princípio em estudo “teve origem iluminista, recebendo formulação em sua inteireza pelas palavras de John Locke (Segundo Tratado sobre o Governo Civil) e, sobretudo, de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria (Dos delitos e das Penas)”<sup>119</sup>, e ainda que tal princípio restou positivado em vários diplomas legais, a exemplo do *Bill of Rights*, da Constituição Americana, e da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>120</sup>.

Prefere-se, no entanto, a compreensão dada por Luiz Luisi, para quem o princípio da legalidade, em vertente contemporânea, desdobra-se em três postulados, a saber: reserva legal, determinação taxativa e irretroatividade<sup>121</sup>.

De fato, o princípio da legalidade parece merecer o deslinde apresentado, de importância indiscutível e de compreensão simples.

Inicialmente, comanda a reserva legal, ou seja, o fato de que só a lei pode comportar condutas puníveis em âmbito penal, lei aqui compreendida como vontade do legislador, representante legítimo que é do povo, para descobrir os bens jurídico-penais a serem tutelados.

Sua aplicação importa, de outro enfoque, a vedação de o Poder Executivo ou o Poder Judiciário imiscuírem-se na função criminalizadora, ao mesmo tempo em que obsta a utilização de outros nascedouros além da lei (**reserva absoluta**), a exemplo dos costumes e da analogia, apenas admitida *in bonam partem*.

A taxatividade, ou determinação taxativa, por seu turno, exige uma técnica toda especial do legislador, ao consagrar os tipos penais. Essa técnica evidencia-se pela construção de tipos abstratos dotados de clareza, certeza e precisão, evitando-se, pois, expressões e palavras vagas e ambíguas.

Por fim, a irretroatividade é, sem dúvida, como assinala Luiz Luisi, complemento da reserva legal, porquanto exige a atualidade da lei para que possa

---

<sup>119</sup> André Vinicius Espírito Santo de ALMEIDA. *O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 23.

<sup>120</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>121</sup> Luiz LUISI. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 17-30

surtir conseqüências. Em outras palavras, a lei penal, em regra, pode alcançar tão-só fatos a ela supervenientes<sup>122</sup>.

Como se sabe, há exceções para a irretroatividade, como a retroação da *lex mitior* e a *abolitio criminis*, que não se considera importante abordar neste trabalho.

Cumprе assinalar que a questão concernente ao princípio da legalidade comporta outras abordagens, conforme ensina Francisco de Assis Toledo, ao desdobrá-lo na exigência de uma *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*<sup>123</sup>. É de notar que a abordagem esboçada comporta o desdobramento de Francisco de Assis, na medida em que *lex stricta* e *lex certa* afeiçoam-se à taxatividade, ao passo que *lex praevia* encontra morada na irretroatividade e *lex scripta* compõe a reserva legal, vedando-se o Direito costumeiro.

### 1.3.2 Princípio da culpabilidade

Outro princípio de grandeza inquestionável e importante para a discussão que se seguirá é o da culpabilidade, que não contém precisa previsão na Constituição Federal<sup>124</sup>.

Em sede inicial, deve-se ter que o vocábulo “culpabilidade”, como acima anotado nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, comporta três acepções: como fundamento da pena (elemento do crime), como medida de pena, e como vedação à responsabilidade penal objetiva.

A confirmar essa tripla acepção, tomem-se as lições de Rogério Greco, na seguinte conformidade:

“O princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais:

- *Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime* – A culpabilidade é a terceira característica ou elemento integrante do conceito analítico de crime, sendo estudada, segundo o magistral ensinamento de Welzel, após a análise do fato típico e da ilicitude, ou seja,

---

<sup>122</sup> Luiz LUISI. Os Princípios Constitucionais Penais, cit., p. 26.

<sup>123</sup> Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 22.

<sup>124</sup> Pode-se inferir tal princípio, por exemplo, do disposto nos incisos XVII e XLVI do art. 5º da CF.

após concluir-se que o agente praticou injusto penal. Uma vez chegada a essa conclusão, vale dizer, que a conduta do agente é típica e antijurídica, inicia-se um novo estudo, que agora terá seu foco dirigido à possibilidade ou não de censura sobre o fato praticado.

(...)

- *Culpabilidade como princípio medidor da pena* – Uma vez concluído que o fato praticado pelo agente é típico, ilícito e culpável, podemos afirmar a existência da infração penal. O agente estará, em tese, condenado. Deverá o julgador, após a condenação, encontrar a pena correspondente à infração penal praticada, tendo sua atenção voltada para a culpabilidade do agente como critério regulador. Nesse sentido o posicionamento de Juan Córdoba Roda, quando assevera:

‘Uma segunda exigência que se deriva do princípio da culpabilidade é a correspondente ao critério regulador da pena, conforme o juízo de que a pena não deve ultrapassar o marco fixado pela culpabilidade da respectiva conduta’.

Deverá o julgador observar, agora, as regras do critério trifásico de aplicação da pena previstas pelo art. 68 do Código Penal.

(...)

- *Culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem culpa* – Na precisa lição de Nilo Batista, o princípio da culpabilidade ‘impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico’<sup>125</sup>.

Frise-se que, ainda que a palavra apresente três acepções, a que mais ganha relevância como princípio limitador é aquela afeta à vedação da responsabilidade penal objetiva, transfigurando-se em vetor do Direito Penal sob o brocardo *nullum crimen sine culpa*.

Acerca do assunto, muito bem versa André Vinicius de Almeida:

“Em atenção aos seus postulados, repudia-se qualquer manifestação do *versari in re illicita*, consistente na hipótese daquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente causa um resultado antijurídico, sem que este possa ser considerado com o causado ao menos culposamente (responsabilidade objetiva). Afasta-se igualmente a responsabilidade pelo fato de outrem.

Nesse aspecto, é possível relacionar o *nullum crimen sine culpa* com o princípio da legalidade, pois o juízo de tipicidade que nele é fundado pressupões exatamente a verificação do dolo ou, excepcionalmente, da culpa. Inexistentes um e outro, atípico é o comportamento”<sup>126</sup>.

Com razão, pode-se entender a culpabilidade como idéia fulcral de crime, integrando, pois, seu conceito analítico e compondo uma estrutura tripartida. A essa acepção, versada como fundamento da pena, já se fez menção acima.

---

<sup>125</sup> Rogério GRECO. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 94-5.

<sup>126</sup> André Vinicius Espírito Santo de ALMEIDA. *Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal*, cit. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p. 21.

Pode-se ainda entender a culpabilidade como medida da reprimenda penal, que orienta a dosimetria da pena, inferindo uma medida retributiva justa ao delito. A propósito dessa acepção, convém lembrar o art. 29 do Código Penal e o art. 69 do Código Penal Militar, que expressamente comandam que a culpabilidade seja aferida para a aplicação da pena.

É como vedação à responsabilidade penal objetiva, no entanto, que a expressão ganha o *status* maior. Por ele – princípio da culpabilidade como vedação da responsabilidade penal –, ninguém pode sofrer reprimenda penal se não houver atuado com culpa, na acepção ampla da palavra. A responsabilização de um agente pela mera causação de um resultado é característica de um Direito Penal primitivo, configurando a responsabilidade penal objetiva, uma forma de tipicidade, que se configuraria independentemente da verificação de dolo ou culpa<sup>127</sup>.

A responsabilidade objetiva, entretanto, não se verifica apenas quando recai sobre o agente um gravame sem que tenha ele agido com dolo ou culpa, mas também quando a pena é agravada somente pela produção de um resultado<sup>128</sup> ou quando há culpa na conduta e, a despeito de haver somente a modalidade dolosa para aquele delito, o agente sofre conseqüências penais.

---

<sup>127</sup> Eugenio RAÚZ ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, cit., p. 522 e 523.

<sup>128</sup> Eugenio RAÚZ ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, cit., p. 522 e 523.

## **2.1 O CRIME OMISSIVO**

No contexto da proposta apresentada na introdução desta pesquisa, deve-se, agora, buscar a exata compreensão da omissão imprópria, o que requer, por óbvio, uma explanação em linhas gerais acerca do crime omissivo.

Em uma discussão centrada no conceito analítico de crime, mormente do enfoque dos sistemas penais eleitos para o estudo, o causalismo neoclássico do Código Penal Militar e o finalismo do Código Penal comum, conforme já discutido no capítulo precedente, a ação exerce papel fundamental, firmando-se como base inicial para o desenvolvimento da constatação de um delito, o que leva naturalmente ao questionamento sobre a omissão e sua compreensão no fato punível. Como pode ela ser conceituada? Apresenta os mesmos elementos da ação? Enfim, qual a compreensão exata da omissão em uma busca ontológica dos elementos genéricos do crime?

As respostas às perguntas acima indicadas não comportam possibilidade única, sendo possível afirmar que, na tentativa de conceber exatamente a essência, surgiram “concepções” de omissão, as quais podem ser polarizadas, como o faz Silva Sánhez<sup>129</sup>, em negativas e positivas, o que doravante buscar-se-á delinear.

### **2.1.1 Concepções negativas**

Em uma primeira abordagem, é possível afirmar que a omissão fora compreendida do enfoque de uma **teoria naturalística**, segundo a qual significava um “não fazer nada”, ou seja, uma concepção totalmente negativa de omissão.

Havendo a tentativa de sistematização do conceito de delito, chegando-se ao conceito analítico centrado na caracterização da ação, naturalmente houve grande dificuldade em classificar a omissão como uma forma típica estruturalmente impulsionadora do delito.

O ponto de vista inaugurado por Liszt, inebriado pelo positivismo do século XIX, caracterizou-se pelo abandono de uma compreensão moral, própria do idealismo da escola hegeliana, a qual, ao não se preocupar com o aspecto externo da conduta, não encontrava óbices para punir a omissão. Com o conceito causal, no entanto, o delito passa a ser centrado na compreensão de ação, entendida, do enfoque natural de Liszt, como um movimento corporal volitivo que produz uma alteração no mundo exterior ao agente, isso conforme a aferição pela lei da causalidade.

Obviamente, em se entendendo a ação como centro de um sistema e compreendendo-a como necessária alteração física, do ponto de vista naturalístico, a omissão era um nada e, portanto, dela nada poderia restar (*ex nihilo nihil fit*)<sup>130</sup>. Não passava de uma realidade psíquica.

Contudo, mesmo não se enquadrando no conceito de ação, algumas condutas omissivas – como comandava a observação da época –, careciam sim de repressão penal, dada a lesividade de suas conseqüências, não podendo apenas figurar como simples infrações de polícia (contravencionais)<sup>131</sup>, marcando-se, dessa forma, um dilema quase intransponível, qual seja, como punir o comportamento omissivo extremamente lesivo se a omissão não é efetivamente uma ação?

Com o fito de solucionar o problema apresentado, alguns conceitos de omissão foram idealizados, ainda que com o mote naturalístico reinante, como por exemplo o de Beling<sup>132</sup> que, ainda que negasse a ação na omissão, as equiparava

---

<sup>129</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*. 2 ed. Montevidéo: Júlio César Faire Editor, 2003, 504 p.

<sup>130</sup> Idem, p. 7.

<sup>131</sup> Idem, p. 8.

<sup>132</sup> Para Silva Sánchez o conceito de Beling é um conceito negativo-intransitivo, pois trata-se de uma ausência querida de movimento corporal. Ainda para o mesmo autor, mais recentemente, Baumann defende um conceito de omissão próximo ao de Beling, sustentando ser ela “uma forma de conduta que se inclui no conceito, mais amplo, de ação entendida como ‘comportamento humano regido pela vontade’. A omissão – não fazer nada – também o é. Nem o conteúdo da omissão (o que se omite), nem a possibilidade, nem o ser esperado são elementos do conceito de omissão, afetando apenas a

sob o signo da “vontade” fundamentadora da responsabilização penal. Para o referido autor, a omissão era uma inatividade corporal voluntária, uma contenção dos nervos dominada pela vontade. A vontade humana, nesse conceito, distinguiria o comportamento humano punível do mero acaso e a partir dessa compreensão, ainda que negativa, a omissão poderia muito bem dar ensejo à responsabilização penal<sup>133</sup>. O conceito exposto, no entanto, apresenta problemas a serem avaliados, resumindo-se na extrema dificuldade em localizar uma absoluta omissão voluntária no comportamento humano e, principalmente, no fato de possibilitar qualquer construção omissiva apenas com o tipo penal. Nesse sentido dispõe Silva Sánchez:

“O conceito fundamental da dogmática da omissão em Beling é a ‘omissão de algo’ (*Unterlassung bestimmter Inhalte*), cujo lugar sistemático é o tipo que pode predicar-se tanto da ausência de movimento corporal voluntário como do movimento corporal voluntário: também a ação em sentido estrito pode ver-se como omissão de algo e ser castigada por isso (...)”<sup>134</sup>.

Percebe-se, portanto, que o conceito de Beling não distingue ação de omissão, mas apenas as equipara sob a sombra da “voluntariedade”, esta sim elemento central do conceito de delito.

Ainda sob influência do naturalismo, surge um outro conceito negativo da omissão, capitaneado por Radbruch. Trata-se de um conceito em que a omissão não pode simplesmente ser conceituada como um “não fazer nada”, mas um “não fazer algo” determinado pela norma, e esse “algo” há de ser “possível”<sup>135</sup>.

Amplamente aceito, inclusive na atualidade, esse conceito tem como elemento central, ao lado da conduta negativa, a **capacidade de realizar a ação**

tipicidade ou a antijuridicidade”. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 26 a 28.

<sup>133</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 25.

<sup>134</sup> Idem, p. 27.

<sup>135</sup> Silva Sánchez, calcando-se na primeira edição do Tratado de Liszt, denomina esse conceito de “conceito negativo-transitivo”, querendo significar no primeiro elemento que a omissão é negativa, ou seja, um “não fazer”, e, com o segundo, que não se trata de um não fazer em absoluto, mas de um não fazer algo que é uma ação determinada. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 28. Com efeito, para Liszt a omissão é “o não empreendimento de uma ação determinada e esperada. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado”. Franz Von LISZT. *Tratado de Direito Penal Alemão* Tradução para a Língua Portuguesa de José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003, t. I. p. 229.

**esperada**, surgindo com força a idéia de “**possibilidade de fazer**” como elemento indissociável do conceito de omissão.

Incluir esse novo elemento – “**possibilidade de ação**” – no conceito de omissão, todavia, conduz à discussão de outros problemas, como por exemplo:

a) Essa possibilidade de ação deve ser mensurada em relação ao ser humano de forma genérica (**possibilidade físico-objetiva**) ou deve atrelar-se ao omitente em sua concreta individualidade (**possibilidade subjetiva**)?

b) Elegendo-se a “possibilidade subjetiva” – tendo-se em mente que é fato que a “possibilidade subjetiva” não é verificada sem a “possibilidade físico-objetiva”, não sendo a recíproca verdadeira –, surge um novo problema resumido em duas vertentes: 1) Deve ela ser mensurada apenas em relação ao conhecimento **potencial** dos meios existentes? 2) Deve ela, em outra linha, ser mensurada pelo conhecimento **real e atual** desses meios?

c) Como separar a questão do conhecimento como elemento do conceito de omissão da discussão acerca da culpabilidade?

Obviamente, também não há respostas uníssonas às questões sobrepostas, porém, pode-se apontar a vertente majoritária.

É importante, em qualquer vertente que se eleja para a primeira questão, firmar que a discussão sobre a **capacidade física** de ação é fundamental, vez que sem ela não se pode reconhecer uma capacidade subjetiva.

Aceitando como necessária a exigência da “possibilidade físico-objetiva”, Armin Kaufmann a conforma na seguinte proporção:

“Com ela se alude, por uma parte, às *faculdades físicas*, às *habilidades manuais*, etc., de uma pessoa. Mas também se incluem aqui os *dados externos*, sem os quais não se pode levar a cabo determinada ação: não há ação de salvamento sem alguém a quem salvar, não há ação de matar sem alguém a quem matar. Assim, pois, deve existir *o objeto sobre o qual deve recair a ação*, como também devem existir e estar disponíveis os meios de auxílio necessários para realizar a ação. O míope necessita dos óculos para ver adequadamente; quem não sabe nadar, se não tem à sua disposição um salva-vidas, não pode socorrer ao que se afoga”<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Armin KAUFMANN. *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Tradução para o Espanhol de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 550.

Claro está, como lugar comum, que condições físicas devem ser objetivamente verificadas. Adicionando algo mais aos exemplos de Kaufmann, não poderia responder pela omissão o exímio nadador que deixa de salvar aquele que se afoga em razão de estar com seus membros superiores impossibilitados de praticar um movimento corporal (imobilizados por engessamento, algemados etc.). Note-se que não há possibilidade objetiva de ação, por limitação física.

Vencido esse ponto, resta saber se a vertente dominante enxerga a omissão punível em face de uma possibilidade de ação apenas físico-objetiva ou subjetiva. A resposta a essa questão não é ponto comum e dependerá do conceito de ação ao qual o intérprete está vinculado, a exemplo do conceito final de ação-omissão. É possível apontar, entretanto, uma **preponderância para uma concepção subjetiva de possibilidade**, ou seja, essa possibilidade deve ser verificada em face do omitente em sua **concreta individualidade**, e não apenas de modo genérico, em referência objetiva a qualquer pessoa.

Em relação à segunda indagação suso indicada, há certo assentimento no sentido de que basta o **conhecimento potencial** das circunstâncias externas, apenas ao alcance do sujeito, não sendo necessário que haja o efetivo conhecimento, o conhecimento real dos elementos externos<sup>137</sup>. Com efeito, não se exige na configuração da omissão que o agente conheça efetivamente a possibilidade de ação, conforme o exigido pela norma, bastando que ele, dentro de suas características pessoais (posicionamento em relação ao objeto, capacidade física de ação etc.), conheça ou possa conhecer sua capacidade de agir.

Finalmente, na terceira indagação, devem ser excluídas todas as considerações afetas à culpabilidade. Ainda que se possa resumir a culpabilidade como “possibilidade de comportamento diverso”, à conceituação da omissão interessam apenas os fatores externos (e seu conhecimento) da possibilidade de ação. “Não se têm em conta, neste ponto, a configuração psíquica do sujeito nem os fatores de sua motivação”<sup>138</sup>. É dizer, por outro modo, que não se avalia na conceituação da omissão se uma força psíquica irresistível, por exemplo, havia sido imposta sobre o agente ao ponto de torná-lo inerte e, em conseqüência, omitir-se da

---

<sup>137</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 34-5.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 35.

ação esperada, sob pena de haver o inapropriado ingresso acerca da exigibilidade de conduta diversa, cuja análise deve ficar relegada ao estudo da culpabilidade.

Como não poderia ser de outra forma, o conceito **negativo-transitivo** da omissão não foi suficiente para, puramente, aplacar a discussão acerca do conteúdo do delito omissivo, havendo variações como aquela trazida pelo novo sistema jurídico-penal de Hans Welzel.

O conceito **finalista** de omissão, marcado por uma obsessão ontológica própria de seu sistema, **também se baseou em uma concepção negativo-transitiva**, com o acréscimo do elemento final necessário à sua conformação.

Na busca de definirem-se estruturas lógico-objetivas<sup>139</sup> para a compreensão do delito, a omissão foi também avaliada do prisma ontológico, anuindo-se ao conceito negativo – a omissão era um não fazer –, transitivo – exigindo a vinculação a uma ação determinada pela norma – e ligado à possibilidade subjetiva de ação, crescendo-se, no entanto, que a ação adstrita à omissão deveria ser compreendida finalisticamente<sup>140</sup>.

Por essa nova compreensão, a já estudada possibilidade ou capacidade de ação abrange uma série de elementos, como assinala Silva Sánchez:

“a) Uma possibilidade física de atuar, externa e objetiva (forças físicas, habilidades, condições externas de realização da ação) que se refere ao fato de que uma decisão de atuar de forma determinada ‘possa ser realizada’. Até aqui, pois, nos encontraríamos ante um requisito comum às concepções antes examinadas. b) Uma *capacidade de condução final*. Esta abarca dois grupos de questões: por um lado, a adoção da decisão; por outro, o controle do processo que foi colocado em movimento. Para todos eles são necessários uma série de conhecimentos que, na terminologia de Kaufmann, constituem os ‘requisitos intelectuais da capacidade de ação’. Se trata, em primeiro lugar, dos conhecimentos teóricos de que disponha o sujeito. Ademais, a ‘base cognoscitiva’: *conhecer ou ter por possível* o fim ou meta da ação, é dizer, a situação em que se pode intervir, a ‘situação típica’ nas omissões típicas. Por último, o *conhecimento ou a possibilidade de conhecer* e eleger os meios da realização da decisão. Frente ao caso

---

<sup>139</sup> Frise-se que a teoria das estruturas lógico-objetivas pode ser compreendida como uma vertente que buscou a limitação do legislador com base na natureza das coisas, ou seja, o objeto a ser desvalorado pelo direito penal não é criado pela desvalorização, mas existe antes de um desvalor jurídico, como no caso da conduta, princípio da avaliação do fato punível. Ademais, a desvalorização deve respeitar a estrutura do ente desvalorado, sob pena de recair sobre outro objeto ou nada atingir. Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 348.

<sup>140</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 42-3.

anterior, aqui basta a mera possibilidade de conhecimento, posto que a eleição de meios é já parte da própria condução final (*Planungsfähigkeit*)<sup>141</sup>.

De fato, ao analisar o conceito de omissão de Welzel, fundador do conceito final de ação, poderemos reconhecer os elementos já apontados por Silva Sánchez. Nos dizeres de Welzel:

“A omissão, isso sim, está referida necessariamente a uma ação: não existe uma omissão ‘em si’, senão somente a omissão de uma ação determinada. Portanto, a omissão não é um mero conceito negativo, mas um ‘limitativo’: é a omissão de uma ação possível do autor, que está subordinada então ao poder final do fato (à finalidade potencial da pessoa). Omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação. Só aquela ação que está subordinada ao poder final do fato (domínio do fato) de uma pessoa, pode ser omitida. Os habitantes de Berlin não podem ‘omitir’ a salvação de uma pessoa que se afoga no Rio Rin. Omissão não significa um mero fazer nada, mas um não fazer uma ação possível subordinada ao poder final do fato de uma pessoa concreta”<sup>142</sup>.

Em resumo, portanto, para o finalismo, a omissão há de ser compreendida ontologicamente, sendo na verdade uma abstenção de ação (**conceito negativo**), mas não uma absoluta inação e sim uma abstenção de algo, de uma ação determinada (**conceito transitivo**), desde que haja possibilidade de ação pelo sujeito (**possibilidade de ação**). Essa capacidade de ação deve ser avaliada em concreto, com os elementos circundantes ao agente (marcando o conceito de **possibilidade subjetiva**) e não simplesmente de forma abstrata (possibilidade físico-objetiva)<sup>143</sup>. Ademais, sob o signo do finalismo, exige-se o conhecimento do agente da direção final da ação correlata à omissão, a qual tem por “base cognitiva” uma **captação, ao menos potencial, do objetivo da ação, do objeto da intervenção, da situação típica**<sup>144</sup>, devendo estar em condições de reconhecer e de poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo (capacidade de planejamento)<sup>145</sup>.

Exemplificando, para que se possa dizer que um sujeito A, que não sabe nadar, omite-se em um salvamento no mar será preciso: 1) que **haja** alguém afogando-se, que **haja** um barco e que esse barco **esteja** em condições físicas de

<sup>141</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 44.

<sup>142</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Aleman*. Tradução de para o Espanhol Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. .4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 238.

<sup>143</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>144</sup> Armin KAUFMANN. *Dogmática de los Delitos de Omisión*, cit., p. 65.

<sup>145</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Aleman*, cit., p. 238.

ser utilizado no salvamento; 2) que ele **saiba** operar o motor do barco e que **possa** conduzi-lo; que saiba seguramente que **há** um sujeito afogando-se; que **saiba** ou **possa saber** que tem à sua disposição o barco supracitado<sup>146</sup>.

O conceito finalista de omissão, no entanto, não esgota as concepções negativas e, mais ainda, apresenta em sua formulação alguns problemas, a exemplo da essência do conteúdo da ação final, não podendo enquadrar-se na essência da omissão. Como a ação no finalismo tem por espinha dorsal uma ação dotada de uma finalidade atual, exige naturalmente um exercício de atividade, o que não pode, evidentemente, marcar a omissão caracterizada pela ausência desse exercício. Mas a própria finalidade atual da ação tem sido questionada ao ponto de reconhecer-se sua inexistência em alguns tipos de ação, a exemplo das reações explosivas e automáticas.

Com efeito, há certas ações que, embora enquadradas no conceito de conduta humana, aptas, portanto, à responsabilização penal, não são constituídas nitidamente por um exercício intencionalmente direcionado a um fim, o que leva à busca de novos critérios de distinção entre a conduta humana relevante e os meros processos causais, chegando-se a teorias que fazem referência a uma condução cibernética, a uma possível dominação do fato, a uma condutibilidade do fato ou, finalmente a uma evitabilidade do fato<sup>147</sup>.

A última vertente é a que aproveita à presente argumentação, surgindo um novo conceito de ação, o **conceito negativo de ação**, que abarcaria a omissão. Para alguns, o conceito de **ação** deve ser compreendido sob o signo da “não-evitação” de um resultado típico. O conceito negativo de ação situa-se em posição oposta àquela inaugurada pelo causalismo, sob o impulso do naturalismo, que, em suma, buscou reconhecer na omissão os elementos da ação, já que esta era a base do desenvolvimento do conceito estrutural de delito. Essa visão renuncia o problema da causalidade do naturalismo e busca na ação um “não-evitar”. Ademais, no que diz respeito à omissão, busca encontrar elementos de uma conduta ativa, a saber, a não-evitação de um resultado, conforme já encontrado na ação, e a existência de uma posição específica do sujeito em relação ao bem jurídico, a posição de

---

<sup>146</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 44.

<sup>147</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 70-1.

garantidor<sup>148</sup>. A posição de garantidor, portanto, seria comum tanto à ação como à omissão.

Um dos defensores do **conceito negativo de ação** foi Herzberg, o qual, tomando como base de raciocínio a omissão imprópria, busca uma equiparação, um supraconceito entre esta e a ação nos delitos de resultado. Surge um **enfoque lógico-abstrato**, em que o supraconceito cinge-se a uma **evitável não-evitação de um resultado em face de um dever de garantidor**, este entendido como uma **posição surgida do dever de controle de uma fonte de perigo**. Por centrar a análise no resultado abrangido pelo tipo penal, consubstancia-se em um conceito normativo, jurídico de conduta, já que o resultado sucede o tipo penal que o define.

Como se percebe, o conceito acima pode muito bem abarcar modalidades delitivas omissivas e comissivas, vencendo algumas limitações encontradas em outras concepções, mormente aquelas afetas à omissão no finalismo, porquanto a **fonte do perigo não evitado pode ser externa ao agente – quando a omissão enquadrar-se-ia no conceito – ou o próprio corpo do indivíduo – quando a comissão seria abarcada pelo conceito**<sup>149</sup>.

Outra vertente do conceito negativo de ação está na **fundamentação empírica** de Behrendt. Agora de uma perspectiva material, desde a ótica da psicanálise, Behrendt reconhece a ocorrência de duas forças psicológicas existentes: as “manifestações instintivas destrutivas” e uma “capacitação psicogenética do homem para bloquear através da contracondução as formas mais graves de destrutividade”. Pode-se falar, dessarte, em impulso destrutivo quando o sujeito não evita o perigo, apesar de ter essa possibilidade. Nesse contexto, para o reconhecimento da existência da omissão basta o conhecimento e a evitabilidade da situação de perigo, que não é evitada pelo sujeito. Trata-se de um conceito que pode preceder o tipo penal, posto não prender-se ao resultado, porém é jurídico, pois busca atender aos interesses do Direito Penal<sup>150</sup>.

Em suma, poder-se-iam resumir as concepções negativas em duas vertentes principais. A primeira, que tem início em uma **concepção causalista** e

---

<sup>148</sup> Idem, p. 73.

<sup>149</sup> Idem, p. 73-6.

<sup>150</sup> Idem, p. 76-7.

culmina com o finalismo, segundo a qual a omissão opõe-se ontologicamente à ação, porquanto é compreendida como uma realidade ontológica negativa, um não-fazer. A outra concepção, vista por último na exposição acima, caracteriza-se pela busca de um supraconceito em que a ação e a omissão possam ser enquadradas, chegando-se a um conceito negativo de ação, segundo o qual a ação-omissão seria a evitável não-evitação de um perigo, tendo o sujeito a posição de garantidor.

Obviamente, as concepções negativas não estavam imunes a críticas, o que possibilitou o surgimento de outras teorias, agora focadas em uma concepção positiva da omissão.

## 2.1.2 Concepções positivas

As **concepções positivas** possibilitam, a exemplo da busca do conceito negativo de ação, um supraconceito de ação e de omissão focado no aspecto positivo, ou seja, transcendem o mero “não fazer algo”, e centram-se no “fazer algo diverso”<sup>151</sup>.

Podem as concepções positivas ser separadas em dois grandes grupos.

O primeiro grupo entende a positividade da omissão como situada no mesmo plano da ação e caracteriza-se não por uma construção negativa, mas sobre um “ser de outro modo”. Por essa visão, o agente, ao omitir-se, manifesta sua **forma diferente de ser**, independentemente da expectativa, dos juízos de terceiros. A positividade é identificada, portanto, na **exteriorização de vontade**, da mesma forma que na ação. Essa vertente é conhecida como “**positividade ontológica**”<sup>152</sup>.

Na **positividade ontológica**, dada sua concepção estrutural de discussão da essência da omissão, compreende-se a conduta omissiva como uma realidade pré-jurídica, ontológica, que deve ser observada pelo legislador, ponto coincidente com as concepções negativas da omissão. **A conduta é, em verdade, uma manifestação de vontade, que se materializa pela exteriorização de um**

---

<sup>151</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 99.

<sup>152</sup> Idem, p. 103.

**comportamento que pode ser ativo ou negativo. Ambos, porém, são ontologicamente positivos, porquanto manifestações da vontade.** “Fazer ou omitir são os modos fundamentais de comportamento humano como tomada de posição em relação a uma possibilidade de intervenção em determinada situação. Na omissão tal tomada de posição consiste na não aplicação de energia em determinada direção”<sup>153</sup>.

Como se percebe, a positividade ontológica é uma visão centrada no exercício de vontade – e, por haver exercício de algo, ganhou designação positiva –, em um fenômeno interno que, ao exteriorizar-se como omissão, ganha motes negativos. Em outros termos, **a positividade ontológica é, em verdade, uma visão negativa**, ao menos do enfoque externo da conduta.

O outro grande grupo das concepções positivas defende uma positividade da omissão calcada na **“teoria da expectativa”**<sup>154</sup>.

Abandona-se, agora, a tentativa de uma definição ontológica, ressaltando-se uma concepção normativa, centrada na defraudação de expectativas. **O fundamento da expectativa é a existência de uma regularidade**, ou seja, espera-se que aconteça o que normalmente acontece. Essa regularidade, no entanto, pode ter como força motriz realidades totalmente distintas, a saber, uma realidade empírica (**“regularidade empírica”**), uma realidade dedutiva (**“regularidade dedutiva”**) ou uma realidade normativa (**“expectativa normativa”**).

É dizer, a **teoria da expectativa** tem como suporte a crença em uma regularidade de conduta, regularidade essa que pode ser edificada sobre **critérios empíricos**, ou seja, baseados em uma concepção experimental quase sempre calcada em uma lei de necessidade físico-natural, sobre **critérios de índole dedutiva** com base na natureza do homem como ser capaz de autodeterminar-se em um sentido, ou, finalmente, sobre um conjunto normativo, um **sistema normativo** (de caráter ético, religioso, jurídico, social etc.), que dá motes de condutas, surgindo, pois, uma expectativa de que tais orientações sejam observadas. A contrariedade fática a esse sistema não significa sua falência, mas, antes, sua reafirmação de necessidade, ou seja, quando alguém não atende à

---

<sup>153</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 105-6.

expectativa normativa ao adotar um comportamento, não está colocando em xeque o conteúdo normativo, mas, sim, ressaltando a necessidade de sua existência para nortear demais condutas<sup>155</sup>.

Por óbvio, a omissão como defraudação de uma expectativa normativa é a que ganha relevo para esse setor doutrinário, restando apenas verificar quais expectativas normativas merecem tutela penal e quais não a merecem, chegando-se a uma delimitação de **omissão jurídico-penal**.

A primeira discussão travada em busca da omissão jurídico-penal é acerca da preexistência da omissão a um sistema jurídico-penal, havendo, em resumo, aqueles que postulam ser a essência da omissão pré-jurídica, ou seja, definida por padrões sociais anteriores ao Direito e, principalmente, ao Direito Penal. Dessas omissões, algumas ganham relevância jurídico-penal.

Ao contrário, outros entendem que a omissão deve ter por contraponto uma norma de conduta dentro do sistema penal, em si, ou seja, a expectativa defraudada geradora de uma omissão punível deve ter sua fonte no sistema penal, que, portanto, as cria, as define.

Outro ponto central na busca de definir-se uma omissão relevante penalmente seria verificar a natureza da base que informa a expectativa normativa, ou seja, se é ela de caráter ético, social, jurídico etc., questão que se desenvolve de forma paralela à primeira indagação suscitada.

Com efeito, encontram maior eco as visões que defendem a omissão calcada em uma expectativa social ou em uma expectativa jurídica. Por óbvio, há uma intrínseca aproximação entre a concepção de omissão pré-jurídica e a visão da expectativa social, porquanto, se não houver lastro em um sistema jurídico (já que pré-jurídica), a omissão deve encontrar amarras em outro sistema de conduta, como o social. De outro enfoque, a visão de defraudação de expectativa jurídica há de partir de um pressuposto de existência de um sistema jurídico originador das omissões<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 111.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 111-3.

<sup>156</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 117.

Para os defensores da omissão com defraudação de expectativa social, o tipo penal não é o único fundamento possível de uma expectativa de ação, podendo esta também surgir de normas da ética social. Uma vez estabelecido esse universo, não necessariamente todo ele teria a relevância penal, mas apenas aquelas omissões selecionadas pela norma penal. A omissão social poderá – não necessariamente será – jurídico-penalmente relevante<sup>157</sup>.

Já os que preferem a omissão como defraudação de uma expectativa jurídica podem postular que a base da natureza jurídica da expectativa defraudada está em um universo prévio à tipicidade ou posterior ao estabelecimento da tipicidade<sup>158</sup>, ou seja, alguns sustentam que a omissão surge primeiro de um universo jurídico não-penal, civil, por exemplo, para só então haver a seleção típica penal, enquanto outros sustentam que a omissão penalmente relevante surge exatamente da previsão típica, portanto posteriormente à opção legislativa.

### **2.1.3 Conceito de omissão na doutrina brasileira**

Feito o breve esboço doutrinário da compreensão da omissão, resta, agora, verificar qual o conceito mais aceito na doutrina brasileira, ou seja, se se adota no País uma concepção negativa ou positiva de omissão e, mais, ao eleger uma das vertentes, qual o mote principal a impulsionar nossos autores.

Preliminarmente, cumpre consignar que as correntes positivas são as que mais sofrem ataques, mormente por não se reconhecer uma autêntica construção positiva da omissão. Natural, portanto, a predileção, embora não uníssona, pelas concepções negativas da omissão. Por esse motivo, na construção desenvolvida no subitem anterior, optou-se por não defender uma ou outra posição dentro das concepções positivas, porquanto o trabalho seria infrutífero.

Questionando a autenticidade de uma “positividade” na omissão, embora não se posicione puramente a favor das concepções negativas, por todos, vide Silva Sánchez que, ao discorrer sobre as concepções positivas, dispõe:

---

<sup>157</sup> Idem. Ibidem.

“Para o primeiro grupo de teorias a suposta positividade da omissão radica em ser ela a exteriorização da vontade, objetivação da personalidade do sujeito, como é também a ação. Sem embargo, estas expressões resultam totalmente ambíguas, pois, em absoluto se indica em que consiste a forma especificamente omissiva de exteriorização da vontade. Enquanto ao segundo grupo, efetivamente se considera que a positividade da omissão se revela em sua *relevância social*, é dizer, em que constitui um fenômeno com sentido na realidade social. Sem embargo, tal significado positivo não se pode produzir senão mediante a defloração de expectativa de diferente signo, com dependência de que isso apareça expressamente formulado ou não nos postulados dos autores. Deste modo, a suposta ‘positividade’ mostra uma evidente similitude com a ‘negatividade’ do conceito negativo de ação. Daí o cabimento em expor, enfim, se há algum sentido a diferença apontada no plano normativo. A resposta, como se verá, é que, provavelmente, não”<sup>159</sup>.

Nesse contexto, como já suscitado, há a inequívoca predominância das concepções negativas, o que não se opera de forma diferente na doutrina brasileira, muito embora não haja, aqui no Brasil, um firme consenso.

Para Fragoso, por exemplo, os crimes omissivos podem ser conceituados como aqueles “em que se viola uma norma que impõe comportamento ativo, com abstenção da atividade devida. Consistem em não fazer o que a lei manda”<sup>160</sup>. É, em síntese, uma abstenção de ação que tem relevância para o Direito penal, sendo fundamental, portanto, compreender sua estrutura, o que, ressalte-se, não é tarefa fácil, mormente em uma tradição jurídico-penal que concentra a base de estudo no conceito de ação. Nitidamente, o reconhecido doutrinador adota um conceito ontológico de omissão, o qual se opõe ao conceito de ação, ou seja, um **conceito negativo transitivo de omissão**.

Na mesma linha de Fragoso (**conceito negativo transitivo de omissão**), Mirabete, sob o signo da “conduta”, unifica tanto a ação como a omissão. Para o doutrinador, a conduta “é, em regra, consubstanciada em uma ação em sentido estrito ou comissão, que é um movimento corpóreo, um fazer, um comportamento ativo (atirar, subtrair, ofender etc.). Poderá, entretanto, constituir-se numa omissão, que, segundo a teoria normativa, é a inatividade, a abstenção de movimento, é o ‘não fazer alguma coisa que é devida’. O fundamento de todo crime omissivo

---

<sup>158</sup> Idem, p. 127.

<sup>159</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 100.

<sup>160</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 281.

constitui-se em uma ação esperada e na não realização de um comportamento exigido do sujeito”<sup>161</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt também adota um **conceito negativo transitivo**, porém **acresce a discussão acerca da possibilidade de ação**. Para o autor em foco, o crime omissivo configura-se quando “o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado. Portanto, o crime omissivo consiste sempre na omissão de uma determinada ação que o sujeito tinha obrigação de realizar e que podia fazê-lo”<sup>162</sup>.

Francisco de Assis Toledo unifica a omissão e a ação, sob o signo de uma “ação” em sentido lato (ou conduta), que compreende “qualquer comportamento humano, comissivo ou omissivo, abrangendo, pois, a ação propriamente dita, isto é, a atividade que intervém no mundo exterior, como também a omissão, ou seja, a pura inatividade”<sup>163</sup>. Acrescenta, no entanto, que tal conduta deve desenvolver-se sob o domínio da vontade, que dá o conteúdo finalístico de toda a ação relevante para o Direito penal.

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci postula que a “omissão, embora tenha regramento particularizado e uma existência diferenciada da ação, não é inviável considerá-la, para efeito de estudo da conduta humana, como *ação negativa*, pois tanto a ação propriamente dita (positiva) quanto a omissão (negativa) são frutos finalísticos da atuação do ser humano”<sup>164</sup> (g.n.).

Embora comece sua construção com motes puramente naturalísticos e suscite a defraudação de expectativa, Juarez Cirino dos Santos adota claramente um **conceito negativo transitivo**, ao postular que “omitir uma ação não significa, simplesmente, não fazer nada, mas não fazer *algo determinado* pelo direito”<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Júlio Fabbrini MIRABETE. *Manual de Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. I, p. 92.

<sup>162</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 293.

<sup>163</sup> Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 82-3.

<sup>164</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 189.

<sup>165</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 112.

Destoando levemente das concepções negativas, temos Magalhães Noronha, que tangencia uma concepção positiva ontológica (**positividade ontológica**), já que enfoca uma externalização de vontade de não agir. Para o renomado doutrinador, a “ação negativa ou omissão entra no conceito de ação (*genus*) de que é espécie. É também um comportamento ou conduta e, conseqüentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo – antes é abstenção desse movimento – por nós é percebida como *realidade*, como *sucedido* ou *realizado*”<sup>166</sup>.

Por fim, vale a pena consignar a visão de Aníbal Bruno, um dos poucos que se preocupou em esmiuçar as várias concepções sobre a omissão<sup>167</sup>. É possível reconhecer na postura do autor a mescla de elementos de concepções negativas e positivas, conseguindo nessa mescla invejável harmonia. “A omissão”, postula, “admite um conceito que sustente sua posição dentro da fórmula geral da ação em sentido amplo, gênero do qual é espécie. Como a ação em sentido estrito, ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade, que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado. Esse é o elemento naturalista da omissão”<sup>168</sup>. Até aqui, é possível reconhecer uma tendência em conceituar a omissão como algo **positivo**, ou seja, como manifestação exterior de uma conformação interna do indivíduo, “um ser de outro modo”. Contudo, na seqüência, identifica-se com uma **concepção negativa transitiva**, ao dispor que “esse comportamento, que consiste em um não fazer, não revela espontaneamente o seu conteúdo. Este é o não cumprimento da ação devida, isto é, da ação que teremos de caracterizar, não como uma ação qualquer, mas como a ação determinada que, nas circunstâncias, era de esperar do agente. Assim, o elemento naturalista de voluntário comportamento negativo do agente se completa pelo elemento normativo da ação que era de se esperar, da ação devida (...)”<sup>169</sup>.

Importante ressaltar que, se o conceito se esgotasse nesse ponto, o próprio autor teria ressalvas à sua credibilidade, pois poder-se-ia ter como foco de

---

<sup>166</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. I, p. 98.

<sup>167</sup> Aníbal BRUNO. *Direito Penal. Parte Geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. I, p. 191-2.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 193.

expectativa a ação esperada por alguém, fora do comportamento do agente, o que naturalmente desconstituiria o conceito de omissão como comportamento do sujeito<sup>170</sup>, razão pela qual Aníbal Bruno adverte que a verificação da ação devida “importa, não no juízo de alguém, mas no contraste real e efetivo entre esse comportamento e uma norma; normativo em sentido muito geral, como vimos, não estritamente jurídico”<sup>171</sup>.

#### 2.1.4 Tomada de posição

Vistas as várias correntes e verificada a conformação de boa parte da doutrina brasileira, cumpre agora tomar posição, com o fito de que o presente trabalho seja desenvolvido a partir de uma concepção que parece melhor informar os postulados do Direito penal, tarefa deveras complicada, por inúmeras razões.

Em primeiro plano, como se verificou, a doutrina brasileira pouco se ocupa dessa discussão.

Em adição, a tomada de posição pura é praticamente inviável, porquanto todas as construções apresentam pontos sensíveis suscetíveis a críticas muito coerentes, a ponto de Silva Sánchez abandonar, com severas críticas, as concepções apresentadas e propor um **conceito material de omissão**, calcado em uma justificação político-criminal. Por essa concepção, o conceito de omissão posta-se como um conceito material em que não se considera a omissão como a não-realização de conduta indicada no tipo penal, mas sim como uma não-prestação positiva de salvaguarda de um bem jurídico.

Essa visão material, calcada na tutela de um bem jurídico, é a única, na visão do autor, consentânea com o atual Estado liberal, de ideologia liberal-individualista, que parte do princípio da liberdade de ação dos cidadãos, que somente estará limitada pela obrigação de não atacar posições de interesses dos

---

<sup>169</sup> Aníbal BRUNO. *Direito Penal. Parte Geral*, cit., p. 193.

<sup>170</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>171</sup> Idem. *Ibidem*.

demais, A omissão, portanto, deve ser a exceção em nome do **princípio liberal de não-ingerência do Estado e proteção negativa**<sup>172</sup>.

Outro ponto que dificulta a tomada de posição no presente trabalho está na dualidade de sistemas em que ele se propõe a trabalhar, ou seja, como o objetivo é discutir a omissão penalmente relevante e o concurso de pessoas no Código Penal comum – de orientação finalista – e no Código Penal Militar – de orientação causalista neoclássica –, o conceito dogmático, em primeira análise, não poderia ser o mesmo.

Malgrado as dificuldades apontadas, abandonando-se a pureza de uma ou outra concepção, bem como reconhecendo-se a impossibilidade de uma concepção estritamente causalista, fiel ao naturalismo, conceber ontologicamente a omissão, optar-se-á por compreender a omissão em um enfoque negativo transitivo, exigindo-se a possibilidade subjetiva de ação, bem como o domínio final do fato, tudo isso tendo como pano de fundo a imposição de um Direito penal menos interventivo, clamado no Estado liberal.

**Assim, omissão deve ser compreendida ontologicamente, redundando em uma abstenção (conceito negativo) de ação determinada (conceito transitivo), desde que haja não só a possibilidade física de atuação, mas uma possibilidade subjetiva, ou seja, avaliando-se a capacidade em concreto, com os elementos circundantes ao agente. Some-se a essa necessidade a exigência de o agente conhecer a direção final da ação correlata à omissão, a qual tem por “base cognitiva” uma capacitação, ao menos potencial, do objetivo da ação, do objeto da intervenção, da situação típica<sup>173</sup>, devendo estar em condições de reconhecer e de poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo (capacidade de planejamento)<sup>174</sup>.**

**A ação esperada, marcando a mescla de definições, deve ser compreendida como uma expectativa arrimada em um sistema normativo – empresta-se, aqui, a construção da concepção positiva de omissão pela expectativa jurídica. Esse sistema normativo não deve ser compreendido de**

---

<sup>172</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 181.

<sup>173</sup> Armin KAUFMANN. *Dogmática de los Delitos de Omisión*, cit., p. 65.

<sup>174</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Aleman*, cit., p. 238.

**forma ampla, mas apenas centrado na tipicidade penal – um sistema normativo jurídico-penal –, de modo a evitar a desnecessária intervenção estatal na liberdade de ação do cidadão, muito bem detectada por Silva Sánchez, transformando a omissão em exceção no Estado Democrático de Direito.**

O conceito acima deve nortear a análise da omissão tanto no Código Penal comum como no castrense. Essa equiparação pode causar estranheza, mormente em razão de exigir o domínio final do fato para delimitar a omissão no Código Penal Militar, já que dolo e culpa são elementos estranhos à ação (em sentido lato), verificados na culpabilidade. Entende-se, porém, que o conceito analítico de crime, nele incluído o de ação em sentido lato (conduta), está afeto à doutrina, não sendo previsto hermeticamente na legislação penal, comum ou militar. O *ius positum*, no que concerne ao conceito analítico de crime, pode até tornar certos dispositivos, indicando, no Código Penal comum ou no Código Penal Militar, determinadas direções a serem seguidas. Todavia, há grande gama de conceitos jurídicos indeterminados, que admitem a compreensão ajustada aos novos dogmas trazidos pela doutrina. Ademais, “*nenhum dos sistemas*”, como lembra Bacigalupo, “*tem validade absoluta*. Na medida em que nenhuma das teorias da pena a tem, tampouco poderiam ter os sistemas dogmáticos conectados com elas”<sup>175</sup>.

Dessarte, o Código Penal Militar, ao definir a infração penal dolosa e culposa, nos incisos I e II de seu art. 33, o faz sob a rubrica “Culpabilidade”, indicando claramente que, do enfoque por ele adotado, a ação é causal, enquanto a culpabilidade é normativa (não normativa pura). Isso, entretanto, não obsta a análise de uma ação (em sentido lato), em face de um episódio em tese configurador de crime militar, com os contornos que hoje a caracterizam pelo sistema finalista. Entenda-se, a conduta, para possibilitar o início da investigação do delito pelo fato típico, deve ser considerada com seu conteúdo subjetivo (dolo ou culpa), mesmo porque não há no Código Penal Militar um conceito legal de ação (conduta).

Em conclusão, sustenta-se ser perfeitamente possível a aplicação de dogmas finalistas, ou de qualquer outro modelo que venha a ser considerado melhor, em uma “moldura causalista”, naqueles pontos em que a lei penal militar não

---

<sup>175</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução da 2 ed. espanhola para a Língua Portuguesa de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 185.

trouzer amarra expressa, sob pena de responsabilização penal descompassada com a **moderna teoria do fato punível**, divorciada, em vários pontos, do princípio da culpabilidade<sup>176</sup>.

### 2.1.5 Formas de condutas omissivas

Como bem se sabe, o Direito penal, assim como o Direito como um todo, apresenta seus postulados por meio de normas proibitivas, que vedam determinada ação, ou de normas preceptivas, que indicam determinada ação. A infração jurídica surge, pois, da prática da ação proibida nas normas proibitivas ou da abstenção da ação determinada nas normas preceptivas. Os delitos omissivos referem-se, pois, à infração de normas preceptivas<sup>177</sup>.

Os delitos omissivos, no entanto, podem ser divididos em uma classificação bipartida, em espécies que apresentam nuances próprias, que devem ser bem compreendidas. Majoritariamente, a doutrina tem assentido na divisão idealizada por Luden, segundo a qual os delitos omissivos podem ser divididos em próprios (*delicta omissiva*) ou impróprios (*delicta commissiva per omissionem*).

Fundamental ao intento de esmiuçar as formas de condutas omissivas, no entanto, é eleger previamente um “porto seguro” para distinguir a ação da omissão, pela linha adotada no conceito de omissão – um conceito ontológico, negativo-transitivo, partindo-se do pressuposto de possibilidade subjetiva de ação e com a contribuição do elemento final, sempre com a necessidade de previsão típica.

Malgrado existam aqueles que não enxerguem a diferença entre conduta comissiva e omissiva – e.g., os adeptos do conceito negativo de ação –, ação e omissão, em um primeiro aporte, são conceitos substancialmente opostos, significando um fazer (ação) e um não fazer algo esperado (não fazer). Essa inicial distinção, entretanto, não possibilita a distinção de pronto entre as duas formas de

---

<sup>176</sup> Essa postura já foi defendida em obra específica para o Direito Penal Militar. Cícero Robson Coimbra NEVES e Marcello STREIFINGER. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: 2005, vol. 1, p. 83-4.

<sup>177</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Tradução para o Espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 648.

conduta, o que levou a doutrina a buscar novos elementos que distinguíssem a ação da omissão. Dentre as várias tentativas, mostra-se uma das mais adequadas à distinção de acordo com o **critério do risco**, que objetiva um pouco mais a separação pretendida. Segundo esse critério, “haverá ação se há a criação ou elevação de risco para o bem jurídico, e existe omissão de ação se não há criação ou elevação de risco para o bem jurídico”<sup>178</sup>. Em outros termos, quando o sujeito, em si, é uma fonte geradora ou incrementadora de perigo para determinado bem jurídico, ter-se-á a ação, ao passo que quando o sujeito não gerar ou aumentar o risco para o bem jurídico estar-se-á em face de uma omissão.

Essa não-geração ou elevação, no entanto, não significa dizer que a inação é tolerada pelo Direito, porquanto circunstâncias há em que a norma exige a evitação do risco ao bem jurídico, ainda que gerado por outrem. Surgem, pois, as formas típicas omissivas.

Frise-se, ademais, que a análise acerca da geração do risco deve verificar-se no exato momento em que o sujeito depara-se com a situação de iminente ou atual lesão ao bem jurídico e não em momento anterior, em que o risco poderia até mesmo ter sido gerado por esse sujeito. Assim, *v.g.*, o taberneiro que serve, desmedidamente, bebida alcoólica a um cliente e, em seguida, o abandona na rua à própria sorte, ocorrendo sua morte por atropelamento, gerou, é verdade, um risco em momento anterior. Contudo, a análise deverá dar-se no momento do atropelamento, quando, então, chegar-se-á à conclusão de que, em si, a conduta do taberneiro não gerou, naquele momento, o risco à vida do cliente. Sua conduta foi, portanto, omissiva.

Essa exigência de ação a evitar o risco pode ser indistinta, geral, a alcançar todos aqueles sujeitos à norma penal, com ou sem especialização específica, e expressa no tipo penal, configurando-se a **omissão própria**. Pode ainda ser configurada por meio de uma tipicidade indireta, quando uma cláusula genérica ou uma construção jurisprudencial ou doutrinária equipararão a omissão de algumas pessoas – por um vínculo jurídico específico – a uma atuação positiva, gerando ou incrementando o risco para o bem jurídico, quando se configura a omissão imprópria.

---

<sup>178</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p.112.

Dessa forma, têm-se as duas espécies omissivas básicas no Direito penal, marcadas pelos delitos omissivos próprios (omissivos puros ou, simplesmente, omissivos) e os omissivos impróprios (omissivos impuros ou comissivos por omissão)<sup>179</sup>.

### 2.1.5.1 Crimes omissivos próprios

O crime omissivo puro, como muito bem sintetiza Cezar Roberto Bitencourt, “consiste em uma desobediência a uma *norma mandamental*, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, a *omissão de um dever de agir* imposto normativamente”<sup>180</sup>.

Como toda análise delitiva, a aferição do crime omissivo próprio deve ter início no estudo de seu tipo penal e, como sói acontecer em todos os delitos, a tipicidade deve ser esmiuçada do prisma objetivo (tipo objetivo) e do prisma subjetivo (tipo subjetivo).

#### 2.1.5.1.1 Tipo objetivo dos crimes omissivos próprios

O **tipo objetivo** da omissão própria contém uma **situação de perigo para o bem jurídico**, a **capacidade de agir** e a **omissão da ação mandada**<sup>181</sup>. Tais elementos também são exigidos na omissão imprópria, como ver-se-á abaixo, razão pela qual merecem análise mais detida.

A **situação de perigo para o bem jurídico**, ou situação típica, é evidente, expressa no tipo penal de omissão própria, caracterizada pelo verbo nuclear a indicar que o agente deveria ter atuado de maneira determinada (deixar, omitir etc.).

---

<sup>179</sup> Outra possível designação é a de crimes omissivos simples ou crimes omissivos qualificados. Nesse sentido, Hans- Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 653.

<sup>180</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 294.

<sup>181</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 116-122. Ainda nessa mesma linha, vide Santiago MIR PUIG. *Derecho Penal – Parte General*. 7 ed. Buenos Aires: Julio

Cabe assinalar que, para o preenchimento da tipicidade objetiva de tais verbos, bastará, em regra, a mera abstenção de ação, configurando-se, pois, em sua grande maioria, em **delitos de mera conduta**, em que o resultado da inação é estranho ao tipo penal, podendo, quando muito, majorar ou qualificar o delito<sup>182</sup>. Na omissão de socorro (art. 135 do Código Penal comum), por exemplo, a situação de perigo vem muito clara no tipo penal: “.criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo (...)”.

No Código Penal Militar há também a regra de crimes omissivos em que a mera atividade basta para o preenchimento típico, como no caso da omissão de oficial (art. 194 do CPM), que assim dispõe: “Deixar o oficial de proceder contra desertor, sabendo, ou devendo saber encontrar-se entre os seus comandados”. Contudo, estranhamente, alguns crimes omissivos próprios exigem para sua consumação a produção de um resultado físico, naturalístico, o que os transforma em crimes de resultado. Nesse sentido, vide o art. 324 do referido *Codex*, com a seguinte descrição típica: “Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar”. Parece claro que o delito em foco somente estará consumado com a prática de ato prejudicial à Administração Militar, prática essa que pode mesmo ser desencadeada por um terceiro que se aproveitou da omissão típica do sujeito ativo.

Bacigalupo, é bom acrescentar, entende estar englobada na situação típica “a circunstância de que a prestação do auxílio não decorra, por sua vez, um perigo ao omitente”<sup>183</sup>. O perigo, note-se, também poderá afetar a terceiro, estando desconstituída a situação típica. Com efeito, o tipo penal objetivo da omissão poderá excluir sua incidência em face da inação por geração de risco ao omitente ou a terceira pessoa, como o faz a já citada omissão de socorro no Código Penal comum (“quando possível fazê-lo sem risco pessoal”). Contudo, ainda que não haja a previsão típica dessa exclusão, a responsabilização penal será impossível, pela inexigibilidade de conduta diversa, mesmo que compreendida como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.

---

César Faira Editor, 2005, p. 315. Vide ainda Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 489.

O segundo elemento da omissão própria é a **capacidade concreta de agir**. Significa dizer que somente será a omissão relevante penalmente se o agente era, ao tempo da conduta, capaz de atuar conforme a ação exigida. Como já visto acima, essa capacidade concreta deve centrar-se no agente, de modo a configurar não só a mera capacidade físico-objetiva, mas subjetiva, ou seja, deve ser verificada em face do omitente em sua concreta individualidade, e não apenas de modo genérico, em referência objetiva a qualquer pessoa.

Obviamente, a avaliação da capacidade concreta de agir passará pela verificação do domínio final da ação correlata à omissão. Dessa forma, como já consignado, para que se possa dizer que um sujeito A omitiu-se, de forma penalmente relevante, no salvamento de alguém que se afoga, serão possíveis duas construções: 1) é preciso que ele saiba nadar, a ponto de fisicamente poder salvar o necessitado; 2) caso não seja um exímio nadador, é necessário que haja à sua disposição um meio apto para a execução do salvamento, como, por exemplo, um barco que **esteja** em condições físicas de ser utilizado no salvamento; também é necessário que o omitente **saiba** operar o motor do barco e que **possa** conduzi-lo; que **saiba** seguramente que **há** um sujeito afogando-se; que **saiba** ou **possa saber** que tem à sua disposição o barco supracitado<sup>184</sup>. Como é possível perceber, as exigências finais, ligadas ao conhecimento da situação típica de perigo, darão a conformação do elemento subjetivo.

Finalmente, como último elemento da omissão própria tem-se a efetiva **omissão da ação mandada**, que se caracteriza pela não-realização da ação de proteção do bem jurídico em situação de perigo. Essa ação mandada está, obviamente, delimitada pelo tipo penal omissivo, podendo-se afirmar que a comprovação desse requisito dar-se-á pela comparação entre a postura do obrigado e a ação descrita ou inferida do tipo penal.

Importante frisar que, para muitos, a omissão nesse tópico seria constatada por uma **ação diferente** daquela mandada pelo tipo, o que levaria a uma similitude entre ação e omissão. Assim, o obrigado estaria omitindo a ação determinada quando, por exemplo, em vez de salvar a pessoa necessitada,

---

<sup>182</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 294.

<sup>183</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 490.

deixasse o local de um sinistro. Essa visão, todavia, não parece adequada, porquanto o obrigado poderia, em vez de deixar o local, simplesmente cruzar os braços e assistir ao infortúnio alheio. Dessa forma, a omissão configurar-se-á com a inação daquilo que se espera no tipo penal omissivo, pouco importando se houve pura inação ou ação em sentido diverso daquele configurado no tipo penal.

#### 2.1.5.1.2 Tipo subjetivo dos crimes omissivos próprios

No que concerne à **tipicidade subjetiva** da omissão própria, há, pela dominante doutrina, a necessidade de abstenção dolosa, sendo impossível o preenchimento da tipicidade subjetiva pela culpa. Esse dolo, no entanto, conforme bem explana Juarez Cirino dos Santos, “não precisa ser constituído de consciência e vontade como nos tipos de ação: basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade de agir (na omissão de ação própria) (...), porque dolo como vontade consciente de omitir a ação mandada constitui exceção rara (o médico decide recusar paciente em estado grave sob o argumento de inexistência de leito livre)”<sup>185</sup>.

Aproveitem-se, aqui, as lições já trazidas de Welzel, ao comentar o domínio final da omissão, o que conforma o dolo dessa conduta, pedindo-se vênia para repeti-las: “Omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação. Só aquela ação que está subordinada ao poder final do fato (domínio do fato) de uma pessoa, pode ser omitida. Os habitantes de Berlin não podem ‘omitir’ a salvação de uma pessoa que se afoga no Rio Rin. Omissão não significa um mero fazer nada, mas um não fazer uma ação possível subordinada ao poder final do fato de uma pessoa concreta”<sup>186</sup>.

A doutrina acima citada, no entanto, filia-se ao Direito Penal comum, em que os tipos penais omissivos são dolosos. No caso do Direito Penal Militar, entretanto, é relevante discutir acerca da omissão própria culposa, o que alguns doutrinadores fazem com proficiência. Nesse sentido, Armin Kaufmann expõe que

---

<sup>184</sup> Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*, cit., p. 44.

<sup>185</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 115.

“quando é punível a imprudência nos delitos menos graves de omissão e em contravenções de mandados, essa punibilidade será regida pelos princípios gerais: a lei há de ordenar ou permitir expressamente a punibilidade do comportamento imprudente”<sup>187</sup>, ou seja, é perfeitamente possível punir a omissão própria culposa desde que expressa no tipo penal essa possibilidade.

Com efeito, a lei poderá punir a omissão própria culposa, e no Código Penal Militar os exemplos são fartos. Apenas à guisa de exemplo, vinculando-se à fidelidade sistêmica do Código Penal Castrense, o instituto do erro de direito (art. 35 do referido *Codex*<sup>188</sup>) permite a responsabilização penal em delitos culposos, ainda que seja ignorada a ilicitude do fato. Ora, se no causalismo neoclássico, que inebria a legislação penal militar, a consciência da ilicitude compõe o dolo<sup>189</sup>, é correto afirmar que o fato perpetrado sem essa consciência não será doloso e, uma vez havendo a aplicação do instituto a qualquer tipo penal, ainda que omissivos – exceto nos tipos penais dos crimes contra o dever militar por expressa vedação do instituto –, é possível, ao menos em tese, que um tipo penal omissivo próprio possa ser responsabilizado a título de culpa, quando o agente desconhece sua ilicitude.

Assim, *e.g.*, no crime de omissão de lealdade – art. 151 do Código Penal Militar: “Deixar o militar ou assemelhado de levar ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia, ou, estando presente ao ato criminoso, não usar de todos os meios ao seu alcance para impedi-lo”, – se o agente abster-se em razão de uma errônea interpretação da lei penal militar que o levou a supor lícita sua omissão, poderá haver, em tese, a condenação, desde que com pena mais branda ou substituída por outra de menor gravidade.

Mas a possibilidade de omissão pura culposa no Código Penal Militar não requer a acurada construção acima, pois tipos omissivos há em que a negligência preenche a tipicidade subjetiva. Assim ocorre, por exemplo, nos crimes de

---

<sup>186</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Aleman*, cit., p. 238.

<sup>187</sup> Armin KAUFMANN. *Dogmática de los Delitos de Omisión*, cit., p. 55.

<sup>188</sup> “A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis”.

<sup>189</sup> Deve-se lembrar que, no caso específico do Código Penal Militar, por uma imposição sistêmica – que, ressalte-se, foi acima abandonada –, o dolo possui a conformação de *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, aquele que não possui consciência do injusto no momento da ação

condescendência criminosa (art. 322 do CPM<sup>190</sup>), de não-inclusão de nome em lista (art. 323 do CPM<sup>191</sup>) e de inobservância de lei, regulamento ou instrução (art. 324 do CPM<sup>192</sup>) e outros. Frise-se, por fim, que essas condutas omissivas somente possuem relevância penal em nome do princípio da excepcionalidade do crime culposo, também adotado no Código Penal Militar, no parágrafo único do art. 33.

### 2.1.5.2 Crimes comissivos por omissão

Uma outra espécie de delito omissivo está na chamada omissão imprópria, não prevista tipicamente como omissão, mas que se atrela a uma norma proibitiva, em que o elemento central é uma ação. É, como bem assenta Bacigalupo, “a contrapartida dos crimes comissivos de resultado e de lesão: sua problemática substancial consiste em estabelecer quando o não evitar o resultado torna-se punível, pois equivale à produção ativa do mesmo”. Essa equivalência surge com a idealização de um dever jurídico de ação, marcado pela posição de garantidor.

A exemplo dos crimes omissivos próprios, os crimes omissivos impuros devem ter como ponto inicial de análise a tipicidade, ponto fundamental de distinção das formas de delitos omissivos.

---

– portanto exigia-se uma consciência atual e não apenas potencial da ilicitude – não poderá responder pelo delito de forma dolosa.

<sup>190</sup> “Deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente”. A possibilidade culposa está no preceito secundário que dispõe: “Pena - se o fato foi praticado por indulgência, detenção até seis meses; se por negligência, detenção até três meses”. Frise-se que essa previsão diverge daquela prevista no Código Penal comum, no art. 320, que prevê apenas a modalidade dolosa.

<sup>191</sup> “Deixar, no exercício de função, de incluir, por negligência, qualquer nome em relação ou lista para o efeito de alistamento ou de convocação militar”.

<sup>192</sup> “Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar”. A possibilidade culposa está no preceito secundário, que dispõe: “Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano”.

### 2.1.5.2.1 Tipo objetivo dos crimes comissivos por omissão

Os três elementos típicos estudados para a omissão própria – **situação de perigo para o bem jurídico, capacidade de agir e omissão da ação mandada** – também devem ser encontrados na omissão imprópria, desde que feitas algumas considerações específicas.

A **situação de perigo para o bem jurídico** não vem expressa no tipo penal, mas deve ser constatada em contrapartida, por um raciocínio oposto àquele empregado no tipo penal comissivo. A leitura feita, hipoteticamente, deve ter em mente uma leitura específica dos crimes materiais, de modo a considerar que o resultado típico pode ser alcançado simultaneamente por ação ou por omissão de ação. Desse modo, o tipo de homicídio, *e. g.*, deve ser compreendido como “matar alguém, por ação proibida ou por omissão de ação mandada, na posição de garantidor do bem jurídico”<sup>193</sup>. É essa constatação que, para alguns doutrinadores, leva a concluir que a omissão imprópria é constitucional, discussão a ser novamente enfrentada quando da abordagem da figura do garantidor.

Resta verificar se todos os delitos comissivos comportam a possibilidade de equiparar a omissão como causadora do resultado, ou apenas os delitos materiais, cujo resultado demonstra-se naturalisticamente. Em regra, apenas os tipos penais de resultado naturalístico comportam a omissão imprópria e, nesse universo, assim acena a doutrina majoritária: apenas os delitos protetores de bens jurídicos mais relevantes devem comportar tal possibilidade.

No entanto, a possibilidade típica hipotética centra-se em uma equiparação entre a ação e a omissão como causadoras de um resultado, que pode ser tanto jurídico como material.

Chega-se a essa conclusão simplesmente da análise dos dispositivos dos Códigos Penais em análise.

O Código Penal comum, em seu art. 13, e o Código Penal Militar, em seu art. 29, dispõem: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é

---

<sup>193</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 115.

imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Claramente, a omissão pode ser equiparada à ação, se concluir-se que ela causou o resultado, o qual os diplomas analisados não limitam a um resultado físico, natural, podendo muito bem ser um resultado jurídico.

Nessa imputação, todavia, dois problemas são detectados, a saber: 1) a impossibilidade de considerar a omissão, naturalisticamente, como causação de um resultado; e 2) a impossibilidade de os crimes de mera conduta e formais, pela constituição dos verbos nucleares, terem o momento consumativo protraído no tempo, ao ponto de o sujeito decidir agir ou omitir.

No que concerne ao primeiro problema, a resposta está na investigação do nexos causal dos crimes omissivos, abaixo delimitado, bastando por agora sintetizar que o nexos causal nos delitos omissivos é puramente normativo, definido pela lei, pois a constatação física é impossível, já que, do nada, nada pode surgir (*ex nihilo nihil fit*). Ademais, uma das formas de normatizar a omissão como causadora do resultado é restringir as situações em que isso ocorrerá, na omissão imprópria afeta à discussão acerca da condição de garantidor.

O segundo problema, de fato, parece em primeira análise intransponível, mas, visto amiúde, há uma possibilidade de configuração de omissão imprópria em crimes de mera conduta ou formais.

Busque-se a explanação pelo exemplo do delito de concussão (art. 305 do CPM e art. 316 do CP). Em ambos os Códigos Penais (comum e militar), a conduta nuclear é “exigir vantagem indevida”, o que transforma o delito em espécie em um crime formal. Nesse sentido, muito bem leciona Jorge César de Assis ao dispor que a concussão “é crime essencialmente formal e consuma-se com o simples fato da exigência da vantagem indevida, pouco importando se esta vem a ser devolvida ao particular posteriormente”<sup>194</sup>.

Como delito formal, em princípio, não é possível a omissão imprópria, porquanto o sujeito ou exige ou não exige a vantagem indevida e, neste último caso,

---

<sup>194</sup> Jorge César de ASSIS. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 668.

a tipicidade não estará preenchida. Contudo, considerando-se a possibilidade de concurso de pessoas, pela visão majoritária, seria possível a participação por omissão, por exemplo, no caso de um militar do Estado anunciar ao seu superior que fará a exigência da vantagem indevida e este, sabendo do intento criminoso, apenas assiste à prática do verbo nuclear por seu subordinado. Na visão majoritária, frise-se, o superior hierárquico deveria responder por concussão, pois sua omissão foi relevante penalmente ao ponto de ser compreendida como causa do resultado jurídico.

Em conclusão, portanto, a situação típica (ou situação de perigo para o bem jurídico) pode estar presente tanto em crimes comissivos materiais, como acena a doutrina majoritária, como em crimes comissivos de mera conduta, ou formais, particularmente sob a forma, também aceita pela doutrina dominante, de participação por omissão. Sobre essa possibilidade, aliás, muito bem dispõe Jescheck: “A jurisprudência e a doutrina aceitam de comum acordo que a maioria dos delitos de comissão a cujo tipo pertence um resultado de lesão ou de perigo, podem ser também cometidos por meio da não evitação de ditos resultados na medida em que exista um dever jurídico de intervir. Mas, todavia, se encontra a opinião de que também nos delitos de simples atividade entra em consideração uma comissão omissiva”<sup>195</sup>.

Por derradeiro, também não é exigida ação quando há risco ao sujeito obrigado ou a terceiro. Contudo, a constatação do risco para o omitente ou para terceiro não afastará a tipicidade, como ocorre em alguns tipos omissivos próprios, mas agirá como excludente de culpabilidade, tornando inexigível conduta diversa. Essa exclusão, todavia, ocorrerá apenas em casos extremados, posto que, na maioria dos casos, o garantidor tem o dever de arrostar o perigo.

Deve-se também verificar, na omissão imprópria, se o omitente tinha **capacidade concreta de agir**. Aproveitam-se aqui os mesmos comentários feitos para a omissão própria, ou seja, para que haja a omissão penalmente relevante, é

---

<sup>195</sup> Hans- Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 649.

preciso ficar caracterizado que o omissor possuía capacidade subjetiva de ação, que obviamente pressupõe a capacidade físico-objetiva<sup>196</sup>.

A efetiva **omissão da ação mandada**, da mesma forma, deve ser constatada na omissão imprópria, e ganhará relevância em face da posição de garantidor. Cabe novamente ressaltar que essa omissão dar-se-á tanto pela completa inércia, como pela atuação de forma diversa. Assim, a babá responsável pelo filho de seu empregador, ao vê-lo a caminho de um precipício, estará em omissão da conduta esperada se nada fizer ou deixar o local do infortúnio.

A tipicidade objetiva do delito comissivo por omissão, todavia, requer ainda dois outros elementos para sua constatação: o **resultado típico (natural ou jurídico)** e a **posição de garantidor**.

O **resultado típico** deve ser verificado para a constatação da tipicidade objetiva do delito omissivo impuro. Excepciona-se essa regra na modalidade tentada, que será abaixo abordada. Firme-se, então, que o tipo objetivo da omissão imprópria exige que o resultado típico, natural ou jurídico, concretize-se em razão da omissão verificada. A causalidade aqui, como já suscitado, não é real, mas hipotética, uma **probabilidade próxima da certeza**. Assim, aproveitando os exemplos já citados, para que a babá responda pelo homicídio do filho de seu empregador, é necessário que a criança caia no precipício e morra. Da mesma forma, para que o superior responda como partícipe na concussão, é preciso que seu subordinado, em sua presença, exija vantagem indevida, consumando a concussão.

Por fim, a constatação da tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios estará completa com a verificação da **posição de garantidor**.

Como já se disse, para compreender o delito omissivo é necessário haver uma equiparação entre o agir e o omitir na causação do resultado (material ou jurídico) do delito, causação essa que será apenas hipotética e não natural. Some-se a essa premissa que “desde Feuerbach se aceita que, basicamente, o ordenamento jurídico só impõe ao cidadão o dever de omitir comportamentos ativos

---

<sup>196</sup> Expressamente, no Brasil, os art. 13 do Código Penal e 29 do Código Penal Militar, no § 2º, colocam como condição de reconhecimento de omissão penalmente relevante a capacidade de ação.

através dos quais podem ser menoscabados bens jurídicos de terceiros”<sup>197</sup>. Nessa linha de raciocínio, a omissão imprópria, que impõe um dever de ação (norma preceptiva), deve também ser verificada diante de um **fundamento jurídico especial**, que, primeiro, equipare ação a omissão no desencadeamento do resultado típico e, segundo, restrinja as hipóteses penalmente relevantes à exceção apenas quando bens jurídicos de terceiros, sob tutela especial do omitente, estejam ameaçados.

Surge, então, a necessidade de uma construção jurídica acerca de quem teria esse dever especial: **o garantidor**. Como muito bem assenta Jescheck, “todos os deveres de impedir o resultado descansam sobre a *idéia básica* de que uma pessoa determinada está chamada de um modo especial à proteção do objeto do bem jurídico posto em perigo, e que todo o resto dos co-partícipes *confiam* e *podem confiar* na intervenção ativa dessa pessoa”<sup>198</sup>. Sem o dever especial e, portanto, sem a figura do garantidor, não haverá delito omissivo impróprio, de onde se conclui que todos os delitos comissivos por omissão são delitos de sujeição ativa restrita a certas pessoas, portanto, **delitos próprios**.

O grande problema, no entanto, enfrenta-se ao buscar a delimitação da figura do garantidor, uma vez que surgem basicamente duas teorias principais: a **teoria formal do dever jurídico** e a **teoria das funções**.

A **teoria formal do dever jurídico** busca determinar o dever especial de acordo com a causa de sua origem. Segundo essa teoria, originada no raciocínio de Feuerbach, a omissão para impedir um resultado deve ser equiparada à sua causação, quando a obrigação de impedir o resultado proviesse de uma lei, de um contrato, ou então quando o perigo para o bem jurídico fosse decorrente de um fato anterior provocado pelo omitente (os chamados **casos de ingerência**). Como exemplos, os casos do bombeiro militar que, na condição de garantidor, assim colocada pela lei, com dever especial de ação, vê, durante sua folga, uma vítima carecendo de primeiro atendimento. Do mesmo modo estaria obrigada a atuar a babá, como acima já exemplificado, para salvar a vida do filho de seu empregador, em razão do contrato celebrado. Por fim, o exemplo da pessoa que, ao adentrar um

---

<sup>197</sup> Hans- Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 668.

compartimento cheio de palha e feno fumando um cachimbo, tropeça em um arame e provoca um incêndio. Tem ela o dever de impedir o incêndio que realmente ocorreu e consumiu todo o edifício<sup>199</sup>.

A teoria em comento, no entanto, sofre várias críticas, principalmente por ser, na visão de alguns, extremamente restritiva. Nesse sentido dispõe Enrique Bacigalupo:

“A teoria formal das fontes de dever não restou convincente, pois se mostrava demasiadamente estrita. Por exemplo: se por um lado permitia explicar os deveres de proteção que existiam no núcleo familiar mais estreito entre pais e filhos, chocava-se com o sentimento de justiça quando se comprovava que, por exemplo, o sobrinho órfão, criado por sua tia, e que havia crescido na casa desta, não teria para com ela, por força de lei, os deveres que lhe incumbiam com relação a seus pais. Nesse sentido, torna-se paradigmática a decisão do OGH (Tribunal Supremo austríaco) de 1934 na qual rejeitou a condenação por homicídio do noivo que não impediu o suicídio de sua noiva, pois um dever semelhante entre noivos não surge de lei ou contrato. O OGH retificou esse ponto de vista em 1960. O mesmo ocorria em relação ao negócio jurídico (especialmente o contrato): a nulidade deste eliminava a fonte do dever de agir (...)”<sup>200</sup>.

Buscando combater essas deficiências, a doutrina, principalmente a alemã, idealizou **teoria funcional das fontes de dever**<sup>201</sup>.

Por essa nova visão, a posição de garantidor não deve estar atrelada à origem do dever, mas arrimada em uma visão material, em um sentido social em que o dever especial do omitente seria considerado de acordo com sua posição no corpo social. Surgem, assim, duas espécies de deveres: **deveres de custódia de bens jurídicos e deveres de domínio de fontes de perigo**.

Os **deveres de custódia** estão vinculados a uma função de proteção de determinado bem jurídico e podem surgir de uma vinculação natural com o titular do bem jurídico ameaçado, de estreitas relações de uma determinada comunidade ou da assunção voluntária de uma custódia.

O **vínculo natural**, obviamente, é a mais forte das origens dos deveres de custódia e está adstrito aos membros mais próximos da família, muito embora não haja uma definição exata do grau de parentesco limite, por afinidade ou

---

<sup>198</sup> Idem. Ibidem.

<sup>199</sup> Exemplo de Aníbal BRUNO. *Direito Penal. Parte Geral*, cit., p. 194.

<sup>200</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 495.

consangüinidade, para a geração desse dever. Não basta, por outro lado, a mera relação amorosa (namorados, por exemplo) ou a simples amizade. Para alguns doutrinadores, a obrigação gerada alcança apenas a custódia sobre a vida e o corpo, enquanto para outros chegaria a outros bens jurídicos como, por exemplo, o patrimônio. Assim, *v.g.*, os pais têm dever de custódia sobre a vida ou a integridade dos filhos dependentes, bem como o sobrinho órfão em relação à tia que o criou, solucionando o problema apontado acima por Bacigalupo.

**Estreitas relações de uma determinada comunidade** também podem gerar o dever de custódia, dever esse muitas vezes considerado reciprocamente, desde que haja um vínculo de dependência e confiança de custódia. Como exemplo, tome-se o guia de excursão que está obrigado a prover os alimentos básicos de subsistência para os que excursionam, devendo ser assistido, porém, pelos freqüentadores da excursão, caso sofra um ferimento grave<sup>202</sup>.

A última fonte geradora dos deveres de custódia é a **assunção voluntária da custódia** em face de uma pessoa que sofre perigo. Fundamental ao reconhecimento dessa fonte de dever é constatar que o afetado, confiando na disponibilidade de intervenção do garantidor, exponha-se a um risco maior do que naturalmente se exporia ou que, confiando ainda na possível intervenção do garantidor, renuncie a uma outra proteção<sup>203</sup>. O médico, *v.g.*, assume esse dever de custódia em relação aos seus pacientes.

Por fim, cumpre consignar que, para Jescheck, o dever de atuação de certos funcionários públicos surge dos deveres de custódia, em especial dos deveres originados de estreitas relações com a comunidade. Entretanto, Jescheck nota um exagero na jurisprudência alemã, que já considerou responsável policial, a título de co-autoria ou participação, por todos os delitos praticados em seu âmbito de atuação (circunscrição), quando, em verdade, para o autor, apenas aqueles casos em que o bem jurídico ameaçado lhe está confiado diretamente suporta uma responsabilização penal (*ex.*: cuidado de presos ou de pessoas internadas),

---

<sup>201</sup> Designação utilizada por Bacigalupo para a teoria das funções. Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 496-7.

<sup>202</sup> Exemplo aproximado ao trazido por Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 671.

<sup>203</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 671.

devendo haver, nos demais casos, apenas a responsabilização disciplinar<sup>204</sup>. O citado exemplo, embora adote-se no Brasil a teoria formal das fontes de dever, como demonstrar-se-á mais à frente, será futuramente explorado sob uma nova roupagem.

A outra forma de deveres admitidos para a configuração da figura de garantidor pela teoria funcional são os **deveres de domínio de uma fonte de perigo**. Se nos deveres de custódia focava-se a relação entre garantidor e o menoscabo a um bem jurídico, nos deveres de domínio interessa a relação imposta ou esperada entre o garantidor e o controle de determinada fonte de perigo.

Apontam-se três subgrupos de garantidores vinculados ao controle de fontes de perigo: os que atuam precedentemente de forma perigosa, os que devem controlar determinadas fontes de perigo e os responsáveis pelo atuar de terceiros.

O **atuar precedente perigoso** – aqui também chamado de **casos de ingerência**, como na teoria formal das fontes de dever – gera o dever de controlar a fonte de perigo gerada, com fundamento no princípio geral do Direito de vedação à lesão de direitos alheios. Quem provoca um perigo de dano a alguém, **dolosa ou culposamente**, deve atuar para impedir que o dano se concretize, sob pena de responsabilização penal. Essa provocação pode-se verificar não só pela atuação que faça surgir novas fontes de perigo – como no exemplo do fumante de cachimbo que ingressa em um celeiro cheio de palha e feno –, mas também que neutralize uma proteção anterior existente – como o visitante em um berçário que inutilize a incubadora neonatal onde repousa o recém-nascido –, ou outra pessoa que se dispõe a proteger o bem jurídico – como o supervisor de segurança que, inadvertidamente, libera o vigia antes de sua substituição.

O atuar precedente gerador do dever de controlar a fonte de perigo, no entanto, deve obedecer a certos critérios.

Primeiramente, o perigo provocado deve ser adequado à provocação do dano. Dessa forma, o taberneiro que serve grande quantidade de bebida alcoólica a um cliente obriga-se a zelar por sua integridade física e vida, sendo responsabilizado penalmente se o colocar para fora da taberna sem os cuidados necessários à sua proteção. Em sentido oposto, o caçador que abate um animal e o deixa em uma

---

<sup>204</sup> Idem, p. 672.

movimentada estrada não estará obrigado a cuidar da sinalização da via de rolamento chamando a atenção para um perigoso buraco existente na pista, um quilômetro antes do local onde abandonou a caça.

Em segundo plano, o atuar perigoso precedente deve estar atrelado à contrariedade de um dever, afastando-se da responsabilidade penal, logicamente, a geração permitida de perigo. Não estará obrigado a controlar a fonte de perigo, por exemplo, o vendedor de uma arma regular, ou aquele que habilita uma pessoa à condução de veículos de emergência. Note-se que, nesses casos, a geração de risco é admitida pelo Direito, não podendo, pois, importar em dever de controle de fonte de perigo.

Exige-se também que a contrariedade do dever consista em infringir a norma que serve para a proteção do bem jurídico afetado. Rechaça-se, pois, o dever de evitar, por exemplo, o falso testemunho no bojo de um processo de divórcio baseado na conduta adúltera de um dos cônjuges<sup>205</sup>. Tome-se ainda como exemplo o apostador inveterado que, convencido por um amigo a efetuar uma aposta que colocará em risco seu patrimônio, a caminho do ambiente de jogo é atingido por um objeto contundente que coloca em risco sua vida; o amigo que o convenceu a apostar, embora esteja obrigado a atuar por uma previsão genérica contida em um tipo penal omissivo puro (omissão de socorro), não estará obrigado a controlar a fonte de perigo, não sendo esta, portanto, a fundamentação de sua responsabilização penal.

Cabe frisar, finalmente, que a geração de perigo por uma conduta praticada sob a exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade não desobriga o controle da fonte de perigo. *In exemplis*, aquele que em legítima defesa de sua vida neutraliza, sob amparo da legítima defesa, a agressão injusta, estará sim gerando uma fonte de perigo, devendo, pois, adotar providências para a prestação de socorro de seu agressor. Caso assista, passivamente, sua agonia até a morte, responderá pelo resultado alcançado. Basta, no entanto, que atue no sentido de neutralizar a fonte de perigo gerada, não respondendo pelo delito se prestar o pronto socorro.

---

<sup>205</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 674.

Note-se que a legítima defesa excluirá apenas a antijuridicidade da conduta no momento da repulsa à agressão, mas não após, durante a omissão.

Aqueles que devem **controlar certas fontes de perigo** compõem o segundo grupo dos garantidores pelo dever de domínio de fontes de perigo. A responsabilização penal desse grupo fundamenta-se no fato de a comunidade depositar confiança de que aqueles que exercem poder de disposição sobre determinado âmbito de domínio, ou sobre um espaço delimitado que está aberto aos demais ou que pode sobre eles influir, dominam os perigos que, nesse âmbito, podem derivar riscos a bens jurídicos. Como exemplo, cite-se o diretor de uma estação de produção de energia (elétrica ou nuclear), que tem o dever de controle, sobre quem gera-se uma expectativa de que haja contenção de perigos eventualmente surgidos dessa atividade.

Por derradeiro, como último grupo atrelado aos deveres de domínio de fontes de perigo, encontram-se os responsáveis pelo atuar de terceiros, que serão, por essa razão, garantidores em face da omissão. Dessarte, o pai que passivamente assiste seu filho, criança de quatro anos, arremessar um objeto contundente contra outra criança será, por sua omissão, considerado causador do resultado, pois era garantidor, por seu dever de controle, da atuação de seu filho.

A discussão acerca de qual teoria é a mais adequada tornou-se muito profícua na Espanha e na Alemanha, principalmente porque o crime omissivo impróprio era fruto de uma construção jurisprudencial e doutrinária, sendo natural que houvesse a tentativa de objetivar a imputação do resultado na omissão imprópria pela escorreita construção doutrinária. Aliás, o fato de não haver previsão legal para a omissão imprópria era sua principal fraqueza, porquanto muitos não a aceitavam, por considerá-la afronta ao princípio da legalidade.

Somente com a inclusão do § 13 no Código Penal alemão, em 1975, e com o surgimento do novo Código Penal espanhol, em 1995, por seu artigo 11, a lei passou, nos dois países, a disciplinar expressamente a possibilidade da omissão imprópria. Mas ainda hoje subsiste a discussão acerca de qual a melhor teoria a caracterizar a posição de garantidor, mesmo porque não há uma tomada de posição clara pela lei e, mesmo com leve preponderância para a teoria formal, ainda há o problema de extrema limitação dessa teoria, por vincular-se ao contrato.

À guisa de exemplo, analise-se a disposição no Código Penal espanhol, a Lei Orgânica n. 10, de 23 de novembro de 1995:

“Artículo 11

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción<sup>206</sup>:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar<sup>207</sup>.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente<sup>208</sup>.

Com efeito, a lei espanhola limita como fonte de dever a obrigação legal ou contratual de atuar, o que “engessa”, de certa forma, a responsabilização penal pela omissão imprópria, como no supracitado caso do sobrinho órfão que reside com a tia.

No Brasil, todavia, a conformação apresenta-se de forma diversa, sendo possível afirmar que o legislador brasileiro, tanto no Código Penal comum como no Código Penal Militar, adotaram a teoria formal das fontes de dever, porém sem a vinculação expressa a um contrato.

O Código Penal comum assim dispõe:

“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.

§ 1º (...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Essa construção, deve-se alertar, está em conformidade com a reforma da Parte Geral do Código Penal comum, trazida pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. O número 13 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal expõe muito bem a tentativa de disciplinar a omissão imprópria, nos seguintes

<sup>206</sup> “Os delitos ou faltas que consistam na produção de um resultado somente serão cometidos por omissão quando a não evitação do mesmo, ao infringir um especial dever jurídico do autor, equivalha, segundo o sentido do texto da Lei, à sua causação. Nesse propósito, a omissão se equipará à ação.”

<sup>207</sup> “a) quando exista uma específica obrigação legal ou contratual de atuar.”

<sup>208</sup> “b) quando o omitente haja criado uma situação de risco para o bem juridicamente protegido mediante uma ação ou omissão precedente.”

termos: “No art. 13, § 2º, cuida o projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas (...)”.

O legislador de 1984 considerou claramente que concebia um rol exaustivo de possibilidades de geração da figura de garantidor, podendo, no máximo, o trabalho dogmático buscar a melhor interpretação para as figuras expressas.

Engana-se, no entanto, quem pensa que a inovação da omissão imprópria com cláusula expressa de geração de dever foi inovação da reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Em verdade, essa inovação surgiu em 1969, com a idealização do novo Código Penal, revogado antes de sua entrada em vigor, e com o novo Código Penal Militar, esse com vigência até os dias atuais.

No natimorto Código Penal comum de 1969, Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro daquele ano, a previsão das fontes de dever também estava expressa no § 2º do art. 13, com a mesma disposição hoje encontrada. Muito mais esclarecedora, no entanto, é sua Exposição de Motivos, lavrada pelo então Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, que em seu número 9 consigna:

“Importante é o que agora aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos da conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque não o impediu violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.

Manteve-se o projeto nos limites tradicionais proclamados pela doutrina, de longa data. O dever jurídico de impedir o resultado surge basicamente, com a lei, com o contrato ou com a anterior atividade causadora do perigo, mesmo sem culpa. Evitou-se a referência a contrato, que constava no texto original do projeto, tendo-se em vista que o dever de agir surge também quando o agente espontaneamente assume função tutelar ou encargo sem mandato. Não é propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie do dever de direito público, exercendo-se não em relação ao outro contratante, mas ao corpo social. Por isso mesmo, as limitações impostas pelo contrato, e que se fundam no

direito privado, não têm relevância. A fórmula adotada no projeto atende a essas considerações<sup>209</sup> (g.n.).

Como se percebe, muito mais adequada a visão do legislador brasileiro que compreendeu as possíveis limitações da adoção da teoria formal, não mencionando expressamente o contrato, preferindo falar em “outra forma” de assunção de responsabilidade de impedir o resultado.

Embora o Código Penal de 1969 não tenha entrado em vigor, sua Exposição de Motivos torna-se fundamental para compreender a evolução histórica, porquanto o Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), que permanece em vigor, traz exatamente a mesma previsão, adotando expressamente a teoria formal das fontes de dever, na seguinte conformidade:

“Art. 29. 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.

§ 1º (...)

§ 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de **outra forma**, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência”.

Do exposto, pode-se concluir que, no Brasil, os elementos da tipicidade objetiva do crime omissivo impróprio são a **situação de perigo para o bem jurídico**, a **capacidade de agir**, a **omissão da ação mandada**, o **resultado típico** (natural ou jurídico) e a **posição de garantidor**. A definição da posição de garantidor, por sua vez, tem conformação de acordo com a **teoria formal do dever jurídico**, atrelada à origem desse dever, expressamente prevista nos diplomas penais como decorrente de lei, de outra forma de assunção de obrigação de tutela – e aqui o contrato torna-se apenas um exemplo e não a única forma, o que rompe com a crítica de ser essa teoria extremamente limitada, como no Direito penal espanhol – e nos casos em que a atuação anterior tenha significado a produção de um perigo para determinado bem jurídico (casos de ingerência).

A discussão acerca da teoria formal, todavia, pode ser importante para orientar a adequada interpretação da própria teoria formal, como se verá no capítulo

---

<sup>209</sup> Trecho retirado de José Henrique PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 513.

que tratará especificamente da – assim conhecida majoritariamente – participação por omissão.

#### 2.1.5.2.2 Tipo subjetivo dos crimes comissivos por omissão

No que concerne à **tipicidade subjetiva** da omissão imprópria, há, agora sem celeumas, a possibilidade de sua perpetração tanto a título de dolo como a título de culpa.

Para a forma dolosa, tranquilamente, podem ser aproveitados os comentários afetos à tipicidade subjetiva nos crimes omissivos puros, sem maiores dificuldades, apenas ressaltando que a posição de garantidor deve ser conhecida pelo omitente – não o dever em si. Nesse sentido, dispõe Bacigalupo que, nos “*crimes omissivos impróprios dolosos*, o dolo requer o conhecimento da situação geradora do dever de agir (o que aqui significa basicamente conhecimento da ameaça da produção do resultado), das circunstâncias que fundamentam a posição de garantidor e das que fundamentam a possibilidade de agir”<sup>210</sup>. Assim, a babá que vê o filho de quatro anos de idade de seu empregador caminhando para o precipício, ao deixar que a criança caia e morra, tendo a perfeita compreensão e domínio final da situação, estará em cometimento de homicídio doloso.

Em relação à possibilidade de omissão imprópria culposa, desde que haja previsão típica do tipo comissivo a esse título (culposo), é perfeitamente possível sua ocorrência, e nisso assente a doutrina de forma uníssona. Mais uma vez, tome-se a lição de Bacigalupo: “Nos crimes omissivos culposos, o autor desconhece, ainda que tenha tido condições de conhecer, as circunstâncias que fundamentam o dever de agir, sua posição de garantidor ou sua possibilidade de agir no sentido exigido pelo mandamento da ação”<sup>211</sup>.

Dessarte, o policial rodoviário que, vendo um animal morto no acostamento de uma rodovia, deixa para providenciar sua remoção no dia seguinte, supondo não haver risco por não se encontrar na faixa de rolamento, responderá

---

<sup>210</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 512.

culposamente pela morte do motociclista que, naquela noite, sofrer acidente em razão da carcaça deixada no acostamento. Também responderá culposamente pela morte do filho do empregador, a babá que vê a criança afogando-se em um rio, não efetuando o salvamento por pensar que o local seja profundo, quando, em verdade, para ela, não haveria risco em razão de ser parte rasa do curso d'água.

### 2.1.5.3 Crimes omissivos por comissão: terceira espécie de crime omissivo?

Setor doutrinário reconhece ainda uma terceira categoria de crime omissivo, a chamada omissão por comissão.

Referida modalidade tomaria corpo em três hipóteses:

a) casos em que o obrigado a agir coloca-se em estado impeditivo de ação, por sua espontânea vontade (*omissio libera in causa*). Ex.: o caixa de um banco que se embriaga para não impedir que um amigo apodere-se do dinheiro que estava sob sua guarda;

b) casos em que o obrigado a agir inicia o processo, mas em determinado momento desiste e queda-se inerte. Ex.: alguém que arremesse uma bóia a um náufrago e, ao arrepender-se, a retira em seguida;

c) casos em que alguém que não esteja obrigado a agir impede que o obrigado aja. Ex.: o capataz em um sítio que impede que a babá salve o filho do empregador que se afoga.

Em verdade, não há uma autonomia conceitual dessas formas delitivas, porquanto podem elas muito bem ser encaixadas em condutas comissivas, em autoria mediata, participação em crime comissivo, ou mesmo omissivas, nas formas já apresentadas.

Negando essa autonomia, Bacigalupo ensina:

“Por um lado, nega-se à categoria da comissão por omissão qualquer autonomia conceitual e se afirma categoricamente que ela ‘não existe’, pois,

---

<sup>211</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 512.

nesses casos, trata-se de verdadeiros crimes comissivos realizados em autoria mediata (quando se impede que um terceiro obrigado haja). A autoria mediata ativa, não obstante, não está adequada quando o próprio obrigado se coloca em condições que impeçam cumprir o dever imposto. Nessas hipóteses, no entanto, tampouco poderá falar-se em uma categoria específica. Isso se faz claro no caso da desistência: se o autor estava obrigado a cumprir uma ação e não o fez, o início do cumprimento é irrelevante para a valoração jurídica do fato, portanto deverá se ter pura e simplesmente uma omissão. O mesmo pode se afirmar a respeito daquele que se coloque em condições de não realizar a ação; aqui o obrigado age com relação a si mesmo como se fosse um terceiro e, portanto, daí deve ser apreciado um ato positivo sem mais<sup>212</sup>.

### 2.1.6 Nexo causal nos delitos omissivos

Acerca do nexu causal, os delitos omissivos puros, por serem, em regra, de mera conduta, dele prescindem. Em sendo o resultado da abstenção da ação, em princípio, dado estranho ao tipo penal, não há utilidade em averiguar a causalidade no crime omissivo próprio<sup>213</sup>. Tal irrelevância, *prima facie*, fez com que Liszt afirmasse que foi com o século XIX que começou a discussão científica a respeito da causalidade da omissão, “uma das questões mais infecundas que se tem agitado na ciência do Direito Penal”<sup>214</sup>.

Todavia, essa aparente irrelevância não se confirma em um olhar mais detido na legislação penal brasileira. Naqueles delitos omissivos que exigem um resultado, como no caso do art. 324 do Código Penal Militar (Inobservância de lei, regulamento ou instrução), deve-se buscar uma forma de equiparar a omissão à causação do resultado, vez que a omissão – um nada – não pode naturalisticamente gerar algo.

Pouco explorada é essa possibilidade, porquanto afeta apenas o Direito Penal Militar, que possui escassa doutrina. Porém, uma das possibilidades de sanar o problema seria aplicar também a esses casos as cláusulas formais geradoras de dever. Assim, deveria ser responsabilizado pelo delito de inobservância de lei, regulamento ou instrução apenas aquele que assumisse o dever de garantidor, por algumas das formas previstas no § 2º do art. 29 do mesmo Diploma. De se notar que

---

<sup>212</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 517.

<sup>213</sup> Nesse sentido, Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 116.

<sup>214</sup> Franz Von LISZT. *Tratado de Direito Penal Alemão*, cit., p. 230.

a previsão da omissão penalmente relevante não possui restrição apenas para os crimes em que o verbo nuclear indique uma ação, podendo muito bem ser aplicada, por mais estranho que possa parecer, em delitos omissivos puros de resultado.

Para melhor esclarecer o que se propõe, tome-se a previsão expressa do delito em comento: “Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar”.

O resultado – dar causa a prática de ato prejudicial à Administração Militar –, como se observa, é sim elemento típico, devendo ser verificado para a consumação do delito. Contudo, somente aqueles obrigados pelos casos expressos no § 2º do art. 29 poderiam ter sua omissão equiparada a uma ação. O Oficial do Exército Brasileiro designado para ser encarregado de um inquérito policial militar (IPM), *e.g.*, deve atuar para que a investigação do delito seja desencadeada; ao deixar os autos em uma gaveta por seis meses, poderá responder pelo delito capitulado no art. 324 do Código Penal Militar, pois seu dever de ação decorre da lei, em especial do Código de Processo Penal Militar, em seu art. 10 e seguintes, que dispõe acerca das regras do IPM.

Nos delitos omissivos impróprios, por outro bordo, a doutrina vem discutindo de forma a negar o nexos de causalidade, substituindo-o por outra averiguação que pode ser a constatação de um “nexo de evitação” ou mesmo a negação total de uma causalidade física, partindo-se para uma aferição normativa do nexos entre conduta omissiva imprópria e o resultado.

No primeiro grupo encontram-se Zaffaroni e Pierangeli. Os autores iniciam a discussão com um profícuo exemplo, afirmando que a mãe que tricota meias em vez de alimentar seu filho está em verdade “causando” as meias, e não a morte da criança por inanição. Com base nesse exemplo, os autores sustentam a necessidade de averiguar não um “nexos de causalidade”, mas um “nexos de evitação”, estabelecido este “por uma hipótese mental similar à que empregamos para estabelecer o nexos de causação na estrutura típica ativa: se imaginamos a conduta devida e com isso desaparece o resultado típico, haverá um nexos de evitação; enquanto que se imaginamos a conduta devida e o resultado típico

permanece, não existirá um nexo de evitação”<sup>215</sup>. Percebe-se muito bem que a visão dos autores é calcada em uma investigação física por probabilidade.

No outro grupo de doutrinadores, a questão do nexo de causalidade nos crimes comissivos por omissão não pode ser constatado fisicamente, mas apenas de acordo com o disposto na lei penal.

Melhor esclarecendo, por essa posição, majoritária, a averiguação do nexo de causalidade é conveniente, contudo, também com base na equivalência entre ação e omissão, concentrada na figura do garantidor. A solução para essa averiguação, segundo Assis Toledo<sup>216</sup>, é simples e reside na avaliação de um **nexo normativo**, estabelecido por opção legislativa naquelas cláusulas genéricas de fontes de dever (art. 13 do Código Penal e o art. 29 do Código Penal Militar, ambos no § 2º). Em outras palavras, a atribuição do resultado ao garantidor não pode basear-se em causalidade real, porquanto será praticamente impossível demonstrar que a ação do garantidor inequivocamente impediria o resultado típico. Deve, sim, firmar-se em causalidade hipotética, arrimada sobre **juízo de probabilidade próxima da certeza**, ou, como se diz hoje, em uma **possibilidade fática**<sup>217</sup>.

São três, portanto, os vínculos normativos a estabelecer o nexo de causalidade, recaindo sobre quem: 1º) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; 2º) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e 3º) com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência. Essas condições conferem a seus sujeitos a condição de garantidor ou de garantidor do bem jurídico-penal abrangido pelas normas que exigem comissão.

A posição do **nexo normativo** parece ser a mais adequada, porquanto mais segura, sem residir em juízo de probabilidade – como sustentam Zaffaroni e Pierangeli –, sendo ela, frise-se, adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Este já decidiu que a causalidade nos crimes comissivos por omissão não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente como devia e podia para impedir o resultado<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI., ob. cit., p. 539.

<sup>216</sup> Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, cit., p. 116.

<sup>217</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, cit., p. 116.

<sup>218</sup> RTJ, 116:177, apud Francisco de Assis TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*, cit., p. 117.

### 2.1.7 Tentativa nos delitos omissivos

Justamente por serem, em regra, crimes de mera conduta, torna-se muito difícil a tentativa nos crimes omissivos próprios, já que o fracionamento do delito em partes de um caminho (*iter criminis*) é de difícil concepção, posto que a mera inação consuma o delito, reconhecendo-se um resultado jurídico. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt assevera que o “crime *omissivo próprio* também não admite tentativa, pois não exige um resultado naturalístico produzido pela omissão. Se o agente deixa passar o momento em que devia agir, consumou-se o delito; se ainda pode agir, não se pode falar em crime. Ex.: omissão de socorro. Até o momento em que a atividade do agente é eficaz, a ausência desta não constitui crime. Se nesse momento a atividade devida não ocorrer, consuma-se o crime. Concluindo, o crime omissivo próprio consuma-se no lugar e no momento em que a atividade devida tinha de ser realizada”<sup>219</sup>.

Contudo, admitindo-se a possibilidade de crime omissivo próprio de resultado, como acima demonstrado, a tentativa afigura-se como provável. Assim, emprestando o exemplo já trazido, no caso do Oficial do Exército que deixou o IPM por meses em uma gaveta, sem a regular condução das apurações, tendo seu conteúdo sido apurado por outro procedimento e de forma incidental chegado ao conhecimento do Ministério Público Militar, convertendo-se em processo penal militar, o prejuízo à Administração Militar não estará concretizado, porquanto o outro procedimento supriu o desencadeamento das conseqüências (disciplinares e penais, por exemplo) que deveriam ser desencadeadas pelo IPM deixado na gaveta. Houve, no entanto, a conduta omissiva, sem que o resultado exigido pelo tipo fosse produzido – portanto, uma tentativa –, já que o delito não se consumou por razões alheias à vontade do agente.

No que se refere aos crimes omissivos impróprios, pacífica é a aceitação da forma tentada, desde que seja a omissão atrelada a um crime comissivo material. Nessa linha, também sacramenta Cezar Roberto Bitencourt que os “crimes

---

<sup>219</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, cit. p. 501.

*omissivos impróprios* ou *comissivos por omissão*, que produzem resultado naturalístico, admitem a tentativa”<sup>220</sup>.

É muito importante lembrar que, clamando a exceção do crime omissivo no ordenamento jurídico pátrio, a firme atuação no intento de praticar a ação mandada para afastar a omissão, ainda que se produza o resultado, afastará a omissão em si, não havendo tentativa.

### **2.1.8 Antijuridicidade e culpabilidade nos delitos omissivos**

A antijuridicidade e a culpabilidade nos delitos omissivos, adotando-se ou não a fidelidade sistêmica do Código Penal comum e do Código Penal Militar, não apresenta contornos específicos que mereçam destaque.

Assim, pode-se concluir com Bacigalupo:

“A antijuridicidade de um comportamento típico define-se como a realização do tipo não amparada por causas de justificação: todo comportamento típico será antijurídico, a não ser que tenha sido autorizado por uma causa de justificação. Isso se aplica a crimes comissivos ou omissivos (...). Também a culpabilidade do crime omissivo coincide substancialmente com a do crime comissivo (...)”<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Idem, p. 502.

<sup>221</sup> Enrique BACIGALUPO. *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 512.

## CONCURSO DE PESSOAS E AUTORIA COLATERAL

### 3.1 CONCURSO DE PESSOAS

#### 3.1.1 Conceito de autoria

É possível que a sujeição ativa de delitos recaia, ao mesmo tempo, sobre mais de uma pessoa, quando então, diante da presença de alguns requisitos, ter-se-á o concurso de pessoas.

Antes de compreender a estrutura do *concursum delinquentium*, no entanto, faz-se necessário o completo entendimento acerca da figura do autor, verificando, pois, as teorias explicativas da autoria.

Primorosa, nesse sentido, é a lição de Duek Marques, *in verbis*: “o conceito de autoria em Direito Penal é entendido a partir de três teorias: a subjetiva causal ou extensiva, a formal objetiva ou restritiva ou do domínio do fato. Para a primeira, todos os agentes que dão causa ao evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação descrita no tipo penal. Na segunda, são autores os que praticam os atos de execução previstos no tipo penal, enquanto os partícipes concorrem para o resultado do crime sem praticar, no todo ou em parte, a ação tipificada. A terceira, a teoria do domínio do fato, considera autor o agente que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal”<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> Oswaldo Henrique Duek MARQUES. *A autoria no Código Penal e a teoria do domínio do fato*. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, abr. 2001, p. 171.

Como se percebe, o ponto central de discussão é a existência ou não de alguma diferença entre autor e partícipe, diferença essa que deve ser analisada dogmaticamente, ou seja, com foco na disposição legal sobre o assunto, questionando-se, finalmente, se a legislação penal brasileira distingue, com relevância, as duas figuras. Resta, pois, saber qual das teorias apresentadas – extensiva, restritiva ou domínio do fato – a legislação penal brasileira, comum e militar, adotou.

O Código Penal comum adotou, em seu art. 29, a teoria extensiva (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”).

Essa opção legislativa remonta à década de 40, notando-se, por um abreviado estudo evolutivo, que o Código Criminal do Império adotava uma teoria restritiva da autoria, especificamente em seus art. 4º a 6º:

“Art. 4º - São criminosos, como autores, os que cometerem, constrangerem, ou mandarem alguém cometer crimes.

Art. 5º - São criminosos, como cúmplices, todos os mais que directamente concorrerem para se cometer crimes.

Art. 6º - Serão também considerados cúmplices:

1º - Os que receberem, ocultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o forão ou devendo saber-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberam ou compraram.

2º - Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes”<sup>223</sup>.

O art. 35 do referido Código tinha a cumplicidade como causa genérica de diminuição de pena, dosando, assim, a aplicação da sanção penal, de acordo com uma gradação de colaboração no delito: “Art. 35 – A cumplicidade será punida com as penas da tentativa; e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta menos a terça parte, conforme regra estabelecida no artigo antecedente”<sup>224</sup>.

No Código Penal de 1890 (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890) foi mantida a teoria restritiva nos art. 17 a 21:

“Art. 17 – Os agentes do crime são autores ou cúmplices:

Art. 18 – São autores:

§ 1º - Os que directamente resolverem e executarem o crime;

<sup>223</sup> Trecho retirado de José Henrique PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 237.

<sup>224</sup> Idem, p. 241.

§ 2º - Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica;

§ 3º - Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio sem o qual o crime não teria sido cometido;

§ 4º - Os que directamente executarem o crime por outro resolvido.

Art. 19 – Aquelle que mandar, ou provocar alguém a commetter crime, é responsável como autor:

§ 1º - Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2º - Por qualquer outro crime que daquelle resultar.

Art. 20 – Cessará a responsabilidade do mandante, se retirar a tempo a sua cooperação no crime.

Art. 21 – Serão cúmplices:

§ 1º - Os que, não tendo resolvido, ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxillio á sua execução;

§ 2º - Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxillio para evadir-se, occultare ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar seus vestigios.

§ 3º - Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houverem;

§ 4º - Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reunem”<sup>225</sup>.

A cumplicidade no diploma em foco configurava-se também em causa genérica de diminuição de pena, conforme previsão do art. 64: “A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade”<sup>226</sup>.

As disposições do Código Penal de 1890 foram mantidas na Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932), firmando-se a teoria restritiva da autoria como norma reitora.

Até esse ponto do desenvolvimento histórico, a complexidade das formas de participação no delito – participação aqui empregada em sentido lato, abrangendo a autoria e a participação propriamente dita, com suas respectivas formas, a instigação e a cumplicidade – obrigava o estudo detido do assunto, buscando-se uma cara diferenciação entre as espécies de concurso de pessoas, diferenciação essa que encontra relevância até nos dias atuais. Por todos, na atualidade, vide Pierangeli e Zaffaroni, que, após definirem a autoria, atestam que a

<sup>225</sup> José Henrique PIERANGELI. Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica, cit., p. 275.

<sup>226</sup> José Henrique PIERANGELI. Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica, cit., p. 279.

participação “pode ter a forma de *instigação* (quando se incentiva alguém ao cometimento de um injusto ou de um delito) ou de *cumplicidade* (quando se coopera com alguém em sua conduta delitiva)”<sup>227</sup>.

Contudo, na década de 40, como acima exposto, chegou-se ao rompimento com a teoria restritiva, especificamente com a vigência do atual Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). O número 22 da Exposição de Motivos original da referida norma assim dispunha:

“O projeto aboliu a distinção entre *autores* e *cúmplices*: todos os que tomam parte no crime são *autores*. Já não haverá mais diferença entre participação *principal* e participação *acessória*, entre auxílio *necessário* e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há na participação criminoso, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa *única* do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo.

Ficou assim, repudiada a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o *cúmplice* ‘accede’ à criminalidade do autor principal. Perde sua utilidade a famosa teoria do *autor mediato*, excogitada para não deixar impune o *cúmplice*, quando *autor principal* é um irresponsável. Por outro lado, os juízes já não ficarão em perplexidade, como atualmente, para distinguir entre *auxiliar necessário* e *auxiliar dispensável*”<sup>228</sup>.

Com essa Exposição de Motivos ficou clara a opção do legislador em adotar uma teoria extensiva da autoria, negando a vertente em curso desde o Código Criminal do Império, redundando na previsão legal do art. 11 da antiga Parte Geral (original) do Código Penal, nos seguintes termos:

“Art. 11. 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.

Parágrafo único. A superveniência de causa independente exclue a imputação quando, por si só, produziu resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou” (SIC).

<sup>227</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 663.

<sup>228</sup> José Henrique PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*, cit. p. 416.

Abandonou-se, portanto, a diferenciação entre autoria e participação e, principalmente, das formas desta.

A adoção incondicionada da teoria extensiva, contudo, poderia levar a **soluções injustas** intoleráveis, razão pela qual a teoria extensiva da autoria, adotada em 1940, sofreu nova conformação com o natimorto Código Penal comum de 1969, havendo uma mitigação dessa concepção, com o surgimento de uma exceção à regra quando a participação for de menor importância. Nesse aspecto, a Exposição de Motivos do referido Código (Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969) assim dispunha em seu número 18:

“É possível que a unificação de todas as formas de participação e autoria seja, a rigor, incompatível com um Direito Penal da Culpa. São poucas as legislações que não distinguem entre os diversos graus de participação e as distintas situações de autoria. Todavia o sistema unitário, que se inspira em razões de política criminal, visando a mais eficiente repressão, nunca é adotado em sua inteireza, pois isto conduziria a soluções injustas e intoleráveis. Estão sempre previstos temperamentos à equiparação dos diversos partícipes, de forma a assegurar a justa punição de cada um. Ao contrário do que diz Bockelman (*‘Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme’*, in *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 109) a concepção unitária da participação não representa necessariamente uma renúncia do legislador ao tratamento individualizado da personalidade do agente.

A aplicação da fórmula unitária do Código vigente não pode ser censurada. Ela tem a seu favor a grande simplicidade no estabelecimento de critérios, grandemente debatidos, quando se procura distinguir entre autoria e participação, e entre cumplicidade primária e secundária. Afinal a distinção entre autor e cúmplice, em termos práticos, significa garantir a mais leve punição deste, resultado que o sistema de nossa lei assegura.

Proclamou o projeto a regra fundamental em tema de concurso de agentes que é a de que a punibilidade de cada um dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Isso deve servir como princípio reitor geral para os juizes, na aplicação da pena em caso de concurso. Foi eliminada a regra inadmissível do art. 48, parágrafo único, do Código vigente, que representa brutal aceitação de responsabilidade sem culpa”<sup>229</sup>.

Como limpidamente se verifica, o legislador de 1969 não abandonou por completo a teoria extensiva, até mesmo aceitando-a como critério de simples imputação do resultado por questões de política criminal. Todavia, houve sua mitigação em nome do “Direito Penal da Culpa”, entenda-se, em nome do princípio da culpabilidade, aqui enxergado como medida de sanção penal imposta. Com efeito, não é de todo justo, consentâneo com o princípio da culpabilidade, que todos

---

<sup>229</sup> José Henrique PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*, cit., p. 516-7.

que concorram para o delito, mesmo aqueles em que a participação seja menor, tenham a mesma pena, e disso cuidou o Código Penal comum de 1969, em seu art. 35, *in verbis*:

“Art. 35 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

§ 1º - A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

§ 2º (...)

§ 3º - A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância”<sup>230</sup>.

Como bem se sabe, o Código Penal de 1969, que deveria entrar em vigor em 1 de janeiro de 1970, jamais viveu em nosso País, razão pela qual as disposições do Código Penal de 1940 vigoraram até a reforma da Parte Geral levada a efeito pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, quando, então, confirmou-se uma mitigação da teoria extensiva no Direito penal comum, vigendo os dispositivos afetos ao concurso de pessoas até os dias atuais. No número 25 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal comum em vigor, dispõe-se:

“Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código Italiano como *corolário da teoria da equivalência das causas* (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a *autoria* da *participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas”.

Dessa forma, na atualidade, o Código Penal comum consagra a diferença entre participação e autoria, mas sem um “completo retorno à experiência passada”, anterior à adoção da teoria extensiva, plasmando:

“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.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será

---

<sup>230</sup> José Henrique PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*, cit., p. 543-4.

aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

A evolução do tema no Direito Penal Militar é muito próxima à acima consignada para o Direito Penal comum. No Direito Penal castrense, a legislação também consagrou inicialmente a relevância absoluta da distinção entre autor e partícipe, este sob a forma de cumplicidade, em clara adoção de uma teoria restritiva do conceito de autor, marcada pela enumeração legal da distinção entre autores e cúmplices.

Os art. 13 a 17 do antigo Código Penal da Armada, já em sua nova conformação trazida pelo Decreto n. 18, de 7 de março de 1891<sup>231</sup>, assim dispunha:

“Art. 13 – Os agentes do crime são autores ou cúmplices:

Art. 14 – São autores:

§ 1º - Os que diretamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º - Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica;

§ 3º - Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio sem o qual o crime não teria sido cometido;

§ 4º - Os que diretamente executarem o crime por outro resolvido.

Art. 15 – Aquêlo que mandar, ou provocar alguém a cometer um crime é responsável como autor:

§ 1º - Por qualquer outro crime que o executor cometer para executar o de que se encarregou;

§ 2º - Por qualquer outro crime que resultar como consequência dêle.

Art. 16 – Cessa a responsabilidade do mandante se retirar a tempo a sua cooperação no crime.

Art. 17 – São cúmplices:

§ 1º - Os que, não tendo resolvido, ou provocado, por qualquer modo, o crime, derem instruções para comete-lo e prestarem auxílio à execução;

§ 2º - Os que, antes, ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultarem, ou destruírem os instrumentos do crime, ou apagarem seus vestígios”.

Necessariamente, pela vetusta legislação, a pena para a cumplicidade era menor que a da autoria, o que se verifica claramente da análise do art. 57 do mesmo Código: “A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da

---

<sup>231</sup> O Código Penal da Armada foi a primeira legislação penal militar genuinamente brasileira. Sucedeu os “Artigos de Guerra” idealizados por Wilhelm Lippe, Conde de Schaumbourg, oficial alemão alistado na Marinha Inglesa, que foi convidado pelo Rei D. José I, de Portugal, para reformular a Armada Portuguesa na primeira metade do século XVIII. Seus artigos, em verdade, são fragmentos de um regulamento mais abrangente, encontrando-se os dispositivos especificamente nos Capítulos 23 e 26. Com o Código Penal Militar republicano de 1890 (Decreto n. 949, de 5 de novembro daquele ano), encerra-se a vigência da legislação idealizada pelo Conde de Schaumbourg, passando a nova legislação a vigor, sob uma reformulação em 1891, apenas para a Armada

tentativa com as penas desta, menos a têtça parte”. De forma clara, o Código Penal Militar de 1891 (Código Penal da Armada) também considerou a cumplicidade como causa genérica de diminuição de pena.

Na seqüência, abandonando a teoria restritiva, o Código Penal Militar de 1944 (Decreto-lei n. 6.227, de 24 de janeiro de 1944) adotou um conceito extensivo de autoria, claramente evidenciado pelo seu art. 33: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a êste cominadas”. Note-se que o giro em direção à teoria extensiva no Direito Penal Militar ocorreu também na década de 40, podendo-se concluir que inspiraram o legislador penal militar os mesmos motivos que impulsionaram o legislador penal comum.

Com isso, a partir de 1944, perdeu-se também no Direito Penal de Caserna a relevância da distinção entre autores e partícipes e suas espécies. Não havia, é importante ressaltar, no Código Penal Militar de 1944, sequer a relevância de uma diminuta participação, de somenos importância, evidenciando-se a pura adoção da teoria formal da autoria, o que, obviamente, não estava em consonância com o princípio da culpabilidade, sofrendo vários ataques.

O atual Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), alinhado à teoria da equivalência dos antecedentes e com base no grafado no art. 53, manteve a adoção da **teoria extensiva**, dispondo, de forma idêntica ao Código que o antecedeu, que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Todavia, assim como no Código Penal comum, em nome do princípio da culpabilidade, trouxe relevância para uma participação de menor importância, conforme previsão do § 3º do art. 53: “A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância”.

De todo o acima consignado, pode-se concluir que a legislação penal brasileira, comum e militar, adotou a **teoria extensiva da autoria**. Contudo, em consonância com o princípio da culpabilidade, visto como instrumento dosador que orienta a justa aplicação da pena, mitigou tal teoria, admitindo a possibilidade de

---

Brasileira, sendo estendida para o Exército Nacional por meio do Decreto n. 612, de 29 de setembro de 1899, e para a Força Aérea por meio do Decreto-lei n. 2.961, de 20 de janeiro de 1941.

distinção entre autoria e participação apenas para configurar uma participação de menor – ou de somenos, como quer o Código Penal Militar – importância. É dizer, para verificar quem se enquadra como autor do delito, deve-se adotar a teoria extensiva, sendo autor todo aquele que de alguma forma colabora para o fato. Ao surgir a suspeita de uma participação de menor importância, no entanto, o operador do Direito deverá considerar a possibilidade de uma diferenciação entre autor e partícipe, quando então lançará mão de alguns postulados da teoria restritiva.

Essa visão, é preciso consignar, não é uníssona, havendo divergências no sentido da adoção da teoria extensiva pura, da teoria restritiva e até do domínio do fato.

Duek Marques enxerga que o Código Penal comum – e poderíamos estender tal raciocínio ao Código Penal Militar, dada a similitude de dispositivos – adotou puramente a teoria extensiva da autoria. Em suas conclusões, o autor consigna que a “nova Parte Geral do Código Penal manteve a teoria extensiva ou subjetiva da autoria, não afastada nem mitigada pelos institutos previstos nos §§ 1º e 2º, de seu art. 29”<sup>232</sup>. Rechaça, por outro lado, a teoria do domínio do fato, indicando sua falibilidade com base no exemplo do mandante de um crime, pois “só se pode cogitar do domínio real do fato por parte de quem nele atua diretamente. Somente nesse caso terá o co-autor ou organizador a efetiva possibilidade de prosseguir ou desistir da execução do crime. Por esse motivo, o chefe de uma organização criminosa, caso não atue diretamente na execução do delito, não possui o domínio do fato”<sup>233</sup>.

Não é esse o raciocínio de Juarez Cirino dos Santos, para quem é perfeitamente possível adotar-se a teoria do domínio do fato com base em nossa legislação penal. Nesse contexto, dispõe o autor:

“A lei penal brasileira assume, em princípio, um conceito *unitário* de autor, mas a adoção legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal (...).

---

<sup>232</sup> Oswaldo Henrique Duek MARQUES. A Autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato, cit. p. 179.

<sup>233</sup> Idem, p. 180.

Por essa razão, *autoria* e *participação* devem ser estudadas segundo os postulados da teoria do *domínio do fato*, generalizados na literatura contemporânea como critérios de definição de autor e de partícipe<sup>234</sup>.

Guilherme de Souza Nucci, por seu turno, sustenta a adoção legal da teoria restritiva: “Prevaleceu, pois, o conceito restrito de autor, embora dentro dessa teoria, que é objetiva, existam *dois posicionamentos*: a) *teoria formal* (...); b) *teoria normativa* (...). Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo-formal, ou seja, co-autor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime”<sup>235</sup>.

Malgrado as construções dos demais autores acima indicados, adequado é o entendimento de Duek Marques, podendo-se firmar que os Códigos Penais em estudo (comum e militar) abarcaram a teoria extensiva, já que não contempla a distinção legal entre autor e partícipe ou, como no passado, entre autor e cúmplices. Não se pode negar, entretanto, que deve cuidar a doutrina dessa distinção, porquanto há relevância na aplicação da pena, unicamente na participação de diminuta importância.

Nessa distinção, como bem postula Juarez Cirino dos Santos, podem os operadores lançar mão das teorias à disposição, inclusive a do domínio do fato, originária da Alemanha, especificamente com Hans Welzel em 1939<sup>236</sup>. Não parece, porém, que dita teoria seja mais eficaz que a teoria restritiva.

Deve-se lembrar que a discussão agora não mais se refere à teoria adotada pelos Códigos, mas tão-somente a sobre qual teoria melhor definiria, do enfoque do princípio da culpabilidade, a distinção entre autor e partícipe.

Damásio de Jesus, defendendo a teoria do domínio do fato, anota que a “teoria restritiva recebeu críticas, tendo em vista que, não obstante reconhecer a diferença entre autor e partícipe, não resolve a questão da denominada ‘autoria mediata’ ou ‘autoria de escritório’, em que o sujeito serve de outra pessoa, como instrumento executório, para a prática delituosa. Além disso, sob o aspecto da teoria

---

<sup>234</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 242.

<sup>235</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 268.

objetivo-formal, em um delito de estupro, se um sujeito aponta a arma e outro mantém conjunção carnal com a vítima, o primeiro seria autor e o segundo, partícipe, uma vez que o verbo típico é 'constranger' (art. 213 do CP); o chefe de uma quadrilha de assaltantes que não participasse materialmente dos roubos seria considerado mero partícipe. Nesses casos, o senso comum que informa o princípio da natureza das coisas indica o estuprador e o chefe da quadrilha como verdadeiros autores e não simples partícipes"<sup>237</sup>.

Com a devida vênia que o renomado autor merece, equivocados e desnecessários seu entendimento.

Equivocados porque a teoria restritiva, do enfoque objetivo-formal<sup>238</sup>, não consagra como autor apenas aquele que pratica o verbo nuclear, mas aquele que realiza diretamente a ação (em sentido lato, abarcando a omissão) típica ou quem a realiza por meio de outrem, configurando-se a autoria mediata<sup>239</sup>. Realizar a ação típica, obviamente, não é apenas executar com as próprias energias a conduta nuclear exposta pelo verbo principal, mas também realizar outras condutas descritas no tipo penal que colorem o tipo como um todo. Assim, não só quem constrange é autor, mas também quem pratica a conjunção carnal, posto que ambos os elementos estão descritos no tipo penal.

No que se refere à autoria mediata, cumpre primeiramente destacar que não se afigura ela simplesmente ao chefe de quadrilha, mas àquele que realiza o crime por meio de terceiro que age sem culpabilidade, como o caso do médico que, valendo-se de enfermeira de boa-fé, administra uma dosagem de medicamento letal ao paciente que desejava matar<sup>240</sup>. Assim, em uma quadrilha de roubadores, se os

---

<sup>236</sup> Rogério GRECO. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 465.

<sup>237</sup> Damásio Evangelista de JESUS. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

<sup>238</sup> Damásio de Jesus expõe que a teoria restritiva apresenta duas facetas: a teoria objetivo-formal, que distingue a autoria da participação com base na afirmação de que o autor realiza uma ação ou omissão enquadrada no verbo central, e a teoria objetivo-material, segundo a qual autor é aquele que dá maior contribuição na causação do resultado. Damásio Evangelista de JESUS. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*, cit., p. 15-6. Neste trabalho, usar-se-á a expressão "teoria restritiva" para significar sempre seu conteúdo objetivo-formal.

<sup>239</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 312.

<sup>240</sup> Idem, p. 315.

comandados pelo chefe da quadrilha forem culpáveis e não incidirem em erro, não há que se falar em autoria mediata.

A objeção de Damásio torna-se despicienda, ademais, tomando-se por base a teoria adotada pelos Códigos Penais. Ora, se as legislações penais, comum e militar, adotaram a teoria extensiva, para os casos de uma participação decisiva, como seria a do chefe da quadrilha de roubadores, seria irrelevante a distinção entre autor e partícipe, mesmo porque o partícipe, se buscar-se a diferenciação, pode sofrer pena igual ou até superior à dos autores. Nessa linha, Duek Marques sacramenta que, de qualquer forma, “mesmo se considerada a teoria restritiva, nada impediria o agravamento da pena em relação ao partícipe, enquanto organizador ou chefe de uma quadrilha, como previsto no mencionado artigo 61, inciso I, do Código Penal”.

### **3.1.2 Co-autoria e participação**

Ao concentrarem-se duas ou mais pessoas no pólo ativo do delito, estará configurado o concurso de pessoas, que deveria levar todos que participassem do delito à condição de autor. Porém, como os Códigos Penais em foco consagram como causa genérica de diminuição de pena a participação de menor importância, deve-se distinguir a autoria (ou co-autoria) da participação, isso em consonância com a teoria restritiva, conforme já defendido.

#### **3.1.2.1 Co-autoria**

Autor será “aquele que pratica, de algum modo, a figura típica”, podendo fazer diretamente ou por intermédio de pessoa não-culpável, por qualquer veio, seja por ignorância da ilicitude, pela inimputabilidade etc.

Quando a execução é praticada por duas ou mais pessoas, com consciência da prática em conjunto, tem-se a co-autoria. Não há necessidade de que todos tenham o mesmo comportamento, podendo existir a divisão de tarefas

quanto à execução do delito. Tanto o agente que vigia, como o que rouba e também aquele que despoja serão co-autores<sup>241</sup>.

Importante consignar que, para um setor doutrinário, por vezes, ainda que a autoria seja plural e que haja a consciência da prática em conjunto do ato (não necessariamente da ilicitude), poderão estar afastados os efeitos do concurso de pessoas, sendo todos autores do delito. Essas possibilidades ocorrem nos crimes de concurso necessário (plurissubjetivos), nos crimes em que o co-participante não conhece a ilicitude ou quando ele é sujeito passivo do delito.

Nesse sentido, Magalhães Noronha adverte que “nem sempre a participação de várias pessoas em um crime importa em co-participação. Assim nos chamados *delitos plurissubjetivos* (n. 60) como o de *bando*, ou *quadrilha* (art. 288), em que a pluralidade de agentes é *elemento do tipo*, não se podendo falar em co-autoria. Nos crimes *bilaterais*, ou *de encontro* (n. 59), há também participação física de duas pessoas, podendo inexistir co-autoria, como na bigamia e no adultério<sup>242</sup>, em que um dos co-participes está insciente da ilicitude do fato, sendo até vítima, como ocorre no primeiro crime. Outras vezes, apesar de o co-participante ter ciência da ilicitude do fato e praticá-lo, não é co-autor, mas sujeito passivo ou ofendido, por tutelá-lo a norma, como sucede no crime de *rapto consensual* (art. 220)<sup>243</sup> e na *usura*”<sup>244</sup>.

Com efeito, nos dois últimos exemplos citados por Noronha, os efeitos punitivos da co-delinquência não alcançam a pessoa que interage com o bigamo sem conhecer a ilicitude e nem o consorte que, ainda que conheça a ilicitude, é tutelado pela norma penal, na condição de sujeito passivo do delito, como na usura pecuniária, existente em legislação penal comum extravagante (Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, e Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951) e no art. 267 do Código Penal Militar.

---

<sup>241</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. I, p. 212.

<sup>242</sup> Em relação ao crime de adultério, houve a *abolitio criminis*, sendo o art. 240 revogado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

<sup>243</sup> Também em relação ao crime de rapto consensual, operou-se a *abolitio criminis* por força da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

<sup>244</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 211.

Em relação aos crimes plurissubjetivos, no entanto, não parece ser a melhor interpretação entendê-los como insusceptíveis de configuração de concurso de pessoas e, portanto, não sujeitos às conseqüências inerentes à co-delinqüência. A iniciar pelo Código Penal comum, o art. 62 não restringe, à guisa de exemplo, o reconhecimento das agravantes específicas aos delitos monossubjetivos. Assim dispõe o artigo mencionado:

“Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

Poder-se-ia dizer que a aplicação dessas agravantes aos crimes plurissubjetivos consistiria em duplo gravame, afrontando o princípio *ne bis in idem*, mas, ao que se extrai do dispositivo transcrito, não há agravação simplesmente pela prática em concurso de pessoas, mas somente por outras circunstâncias, como a direção da atividade dos demais agentes.

Nem mesmo, cabe notar, têm-se essas agravantes transcritas no tipo incriminador dos crimes plurissubjetivos, o que, necessariamente afrontaria o princípio invocado. Exemplificando, no delito de bando ou quadrilha (art. 288 do CP), não há agravação ou qualificadora que contemple a direção da atividade delitiva dos demais agentes. Assim, perfeitamente possível é a aplicação da agravante do inciso I, do art. 62, do Código Penal, para aquele que promove, organiza a cooperação ou dirige a atividade dos demais consortes.

Essa possibilidade – configuração de concurso e de aplicação de seus efeitos nos crimes plurissubjetivos – é muito mais evidente no Código Penal Militar, em razão da existência da figura do “cabeça”, que terá a pena majorada, conforme o preceito secundário dos delitos de concurso necessário (e.g. art. 149 do CPM).

O art. 53 do Código Penal Militar, sob a equivocada rubrica de “Da co-autoria”, assim disciplina:

“Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

§ 2º A pena é agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

§ 3º A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância.

§ 4º Na prática de crime de autoria coletiva necessária, reputam-se cabeças os que dirigem, provocam, instigam ou excitam a ação.

§ 5º Quando o crime é cometido por inferiores e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficial”.

Note-se que os parágrafos 4º e 5º, ao tratar da figura dos “cabeças”, figura aplicável aos delitos de concurso necessário, estão grafados no mesmo artigo das agravantes próprias do concurso de pessoas (art. 53, § 2º, do CPM), o que leva a concluir que tais agravantes aplicam-se a todas as espécies de consciente autoria coletiva, ou seja, aos crimes monossubjetivos em concurso eventual ou aos delitos plurissubjetivos.

Obviamente, alguns limites podem ser reconhecidos na construção supra, como o cuidado que se deve ter em relação ao reconhecimento da agravante do inciso I, § 2º, do art. 53 e da condição de “cabeça” com base no § 4º do mesmo artigo. Não é possível, e isso é lógico, reconhecer ao mesmo tempo o gravame de ser “cabeça” por dirigir, provocar, instigar ou excitar a ação (art. 53, § 4º do CPM) e, ao mesmo tempo, agravar a pena por promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes (art. 53, § 2º, I, do CPM), devendo prevalecer a disposição acerca do “cabeça”, por ser mais específica.

Em uma frase: as disposições referentes aos “cabeças” aplicam-se apenas aos crimes plurissubjetivos, mas as demais disposições podem ser aplicadas aos monossubjetivos e aos plurissubjetivos, se não houver duplo gravame.

### 3.1.2.1.1 Autoria mediata

Como visto acima, a autoria pode ser reconhecida quando praticada de forma indireta, por intermédio de pessoa não-culpável.

Está-se diante da chamada “autoria mediata”, em que não se terá a hipótese de concurso de pessoas, posto que somente um dos agentes responderá pelo crime principal em foco.

Os possíveis casos de autoria mediata são numerosos e multiplicam-se ainda mais se considerarem-se os dois Códigos Penais em comento.

Exemplificativamente, no Código Penal comum, haveria hipóteses de autoria mediata: 1) no erro de tipo determinado por terceiro (art. 20, § 2º, do CP), como no exemplo do médico que se utiliza da enfermeira para administrar o medicamento letal ao paciente, seu desafeto; 2) no caso do agente que utiliza-se de inimputável para cometer delito; 3) quando o agente coage moralmente, de forma irresistível, a outrem praticar o delito (art. 22 do CP); 4) quando alguém ordena ao subordinado que pratique crime, desde que essa ordem não seja manifestamente ilegal (art. 22 do CP).

No Código Penal Militar, as hipóteses supracitadas também podem ser verificadas com algumas peculiaridades. Na provocação do erro, não se estaria diante de erro de tipo, mas de erro de fato (art. 36, § 2º, do CPM). Na coação moral irresistível, não é ela cabível nos crimes que importem em violação do dever militar (art. 40 do CPM). Ademais, pela estrutura causal do Código Penal Militar, a coação física não importa em exclusão da conduta, mas em exclusão do dolo e da culpa, alocados na culpabilidade; portanto, a coação física é causa exculpante (art. 38, “a”, cc art. 33 e com o art. 40, tudo do CPM). Acresça-se, por fim, a exculpação pelo estado de necessidade, conforme disposto no art. 39 do Código Penal Militar.

Como bem dispõe Fragoso, nesses “casos não há concurso de agentes, pertencendo a ação delituosa integralmente a quem se serve do executor (autor mediato) não culpável que atua como mero instrumento (...). Num crime doloso não

pode haver autoria sem realização dolosa da conduta típica. Na autoria mediata essa realização é indireta”<sup>245</sup>.

Por derradeiro, importante frisar que alguns crimes não admitem a autoria mediata, a saber, os crimes de mão própria, que exigem, para sua configuração, a execução pessoal do agente<sup>246</sup>. Como exemplo, citem-se os crimes de falso testemunho (art. 342 do CP e art. 346 do CPM) e de deserção (art. 187 do CPM).

### 3.1.2.2 Participação

A outra modalidade de concurso de pessoas é a participação (em sentido estrito). Partícipe, pela teoria restritiva, “é todo aquele que, *sem realizar a conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem”<sup>247</sup>. A conduta do partícipe, “ainda que não típica, incide nas penas cominadas ao crime por ser acessória ou subordinada à considerada no tipo. É que, na defesa dos interesses sociais, a lei amplia o âmbito do delito para compreender não só a ação que integra a figura delitiva como também outras que a ela se agregam e são necessárias para sua efetivação”<sup>248</sup>.

Cabe destacar, portanto, que a participação será sempre acessória, pendente a um fato principal que, se não ocorrer, ou pelo menos não tiver sua **execução iniciada**, obsta o reconhecimento da participação. Nesse sentido, muito bem ensina Cezar Roberto Bitencourt que a participação “é uma *atividade secundária*, que adere a outra principal. A participação somente se reveste de tipicidade através da norma de extensão reguladora da co-delinquência”<sup>249</sup>.

O mesmo autor, no entanto, adverte que essa acessoriedade não encontra lugar comum no que concerne à conformação do fato principal apto a ter em si aderida a participação, surgindo, pois, três teorias dispostas a limitar o alcance

---

<sup>245</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 316.

<sup>246</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>247</sup> Idem, p. 312.

<sup>248</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 212.

<sup>249</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 392.

da participação: teoria da acessoriedade extrema, teoria da acessoriedade limitada e teoria da acessoriedade mínima<sup>250</sup>.

A **teoria da acessoriedade extrema** (ou **estrita**) postula que, para que se reconheça a participação, há de haver o fato principal em que alguém, considerado autor, pratique ação típica, antijurídica e culpável, sendo prescindíveis no fato principal apenas as causas pessoais de exclusão da pena e os pressupostos processuais. Como se verifica, por essa teoria, que dominou na Alemanha até 1943, se o autor tivesse sua culpabilidade afastada, por qualquer motivo (inimputabilidade, erro de proibição etc.), não restaria responsabilidade penal ao partícipe do fato<sup>251</sup>.

A teoria da acessoriedade estrita, como se pode deduzir, trazia um claro de punibilidade para algumas questões, o que fez com que a doutrina idealizasse a **teoria da acessoriedade limitada**. Segundo ela, o fato principal, para ter a capacidade de redundar em responsabilidade para o partícipe, deveria ser, ao menos, típico e antijurídico.

Por fim, a **teoria da acessoriedade mínima** postula que o fato principal há de ser ao menos típico, não necessariamente antijurídico e culpável. Dessa forma, ainda que a conduta do autor estivesse justificada, o partícipe poderia ser responsabilizado penalmente.

Domina a doutrina brasileira a teoria da acessoriedade limitada<sup>252</sup>, sendo essa a que doravante impulsionará o presente estudo.

Embora irrelevante para os Códigos Penais brasileiros (comum e militar), dada a adoção legal da teoria extensiva, a doutrina busca o detido estudo da participação e de suas espécies, de modo a contribuir com a identificação da participação de menor importância e, nesse mister, têm-se como formas de participação a **instigação** e a **cumplicidade**.

**Instigar** é fazer surgir em outra pessoa a idéia de praticar o delito, embora a decisão de faticamente praticar o crime seja do instigado<sup>253</sup>. É “determinar

---

<sup>250</sup> Idem. Ibidem.

<sup>251</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Granada: Comares, 2002, p. 705.

<sup>252</sup> Nesse sentido, Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 269.

a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente<sup>254</sup>. A instigação, portanto, condensa-se em uma forma de participação ideal, sem o auxílio material. São exemplos de instigação o mandato, a ameaça (resistível), a persuasão, o conselho, o comando etc.

Deve ela dirigir-se a crime determinado, não se aceitando a genérica instigação que é impunível sob a forma de participação. Não se admite também a instigação por omissão, requerendo-se sempre um comportamento ativo no sentido de gerar a idéia no instigado<sup>255</sup>.

Curioso notar que a antiga legislação penal brasileira, comum ou militar, ao mencionar a instigação, a enumerava nas hipóteses de autoria e não de participação (e.g. o § 2º, do art. 18 do Código Penal de 1890 e o § 2º, do art. 14 do Código Penal da Armada). Apenas a cumplicidade, na época, era destacada da autoria, a exemplo do que hoje ocorre no Código Penal Espanhol, especificamente em seu art. 14, n. 2<sup>256</sup>.

**Cumplicidade**, por seu turno, surge quando há o auxílio à ação delituosa, isso com a consciência da colaboração.

Em regra, esse auxílio presta-se de forma material e por ação, mas admite-se a possibilidade, excepcional, de ocorrência de cumplicidade por instruções ou explicações para cometer o crime, e também a forma omissiva, esta última somente quando houver o dever jurídico de evitar o resultado, naquilo que a doutrina consagra como participação por omissão, a ser adiante abordada em detalhes. Sem esse dever de impedir o resultado, a omissão torna-se mera convivência, impunível em nosso Direito<sup>257</sup>.

Alguns distinguem, embora reconheçam a irrelevância à luz da legislação, cumplicidade primária e cumplicidade secundária<sup>258</sup>. A primeira se dá quando o auxílio prestado é indispensável e a segunda, por oposição, quando o auxílio, sem

---

<sup>253</sup> Francisco MUÑOZ CONDE. *Teoria Geral do Delito*. Tradução para a Língua Portuguesa de Juez Tavarez e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 202.

<sup>254</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 318.

<sup>255</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 318.

<sup>256</sup> Francisco MUÑOZ CONDE. *Teoria Geral do Delito*, cit., p. 202.

<sup>257</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 319

<sup>258</sup> Idem. *Ibidem*.

ser indispensável, facilita a prática do delito. Obviamente, caso a conduta seja dispensável e não facilite de forma alguma a prática do crime, não será possível falar em cumplicidade, como o exemplo, citado por Fragoso, da pessoa que entrega ao furtador uma chave falsa e este, não obtendo êxito em utilizar o objeto, ingressa no ambiente do furto pela janela<sup>259</sup>.

### 3.1.2.2.1 Participação de menor importância

Como até aqui sustentado, a relevância do estudo das formas de co-delinquência, sendo eleita a teoria restritiva e afastando-se a do domínio do fato para tal mister, está na menor reprovação de uma participação de menor importância ou de somenos importância, como quer o Código Penal castrense, configurando-se em causa de diminuição de pena grafada na Parte Geral dos Códigos Estudados.

Na legislação penal comum, cuida do assunto o § 1º, do art. 29, do Código Penal, nos seguintes termos: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

A participação de menor importância deve ser reconhecida ao partícipe (cúmplice ou instigador) que colabore minimamente com o delito, devendo estar atrelada ao fato em si e não à periculosidade do agente, podendo inclusive, por sua aplicação, que importará na redução de um sexto até um terço, romper o mínimo legal cominado para o delito<sup>260</sup>.

Muito difícil é buscar objetivar a conclusão pela participação de menor importância; contudo, louvável e adequada nesse sentido a lição de Magalhães Noronha:

“A respeito da participação de somenos por parte de um dos agentes, devem ser feitas quatro observações:

- a) Em primeiro lugar, aplica-se somente ao partícipe, pois incompatível com a posição do autor. Quem realiza o tipo obviamente não pode agir com pequena parcela para o crime.
- b) Em segundo lugar, por ‘menor importância’, a de leve eficiência causal.

---

<sup>259</sup> Idem. Ibidem.

<sup>260</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 271.

O entendimento ficará por conta de uma jurisprudência ainda por ser construída, porém devem ser observados os seguintes requisitos na sua apreciação: o momento da participação no *iter criminis*, a intensidade do elemento subjetivo, a natureza da cooperação diante do resultado final e, por fim, o grau de reprovabilidade da ação.

No dizer de Damásio E. de Jesus, 'quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deve ser a pena: quanto mais distante do núcleo, menor deverá ser a resposta penal'.

c) Em terceiro, é incompatível com as agravantes contidas no art. 62, todas elas referentes ao concurso de pessoas. Isto porque ninguém pode ter uma participação de somenos e ao mesmo tempo promover, coagir etc.

d) Por derradeiro, a redução da reprimenda é facultativa e não obrigatória. O verbo da forma usada – 'pode ser' –, indica uma faculdade judicial a ser usada com prudência e não arbítrio. Ou se desejarem, o consagrado e tão mencionado 'prudente arbítrio do juiz'<sup>261</sup>.

Como se percebe, não há critério objetivo para o reconhecimento dessa causa de diminuição de pena, que, para o citado autor, nem mesmo é obrigatória<sup>262</sup>. O fato é que o dispositivo em comento sequer mereceria relevo, dada a estrutura do Código Penal comum, que no *caput* do art. 29 impõe a observância do princípio da culpabilidade, aqui enxergado como medida de pena, para o reconhecimento da responsabilidade penal no concurso de pessoas. O juiz está obrigado, desse modo, a dosar a sanção penal em correspondência com a gravidade da conduta de cada integrante do *concursum delinquentium*, ou seja, de acordo com a posição de coautor, partícipe ou partícipe de somenos importância, o que dá à cláusula em questão apenas um valor aritmético a limitar a fração de redução da pena.

O Código Penal Militar tem dispositivo semelhante, no § 3º, do art. 53, que, sob a rubrica "atenuação da pena", dispõe: "A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância".

Note-se que a legislação castrense não delimita o *quantum* da redução da pena, obrigando o intérprete a lançar mão do art. 73 do Código Penal Militar, que assim dispõe: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime".

---

<sup>261</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 218.

<sup>262</sup> Em sentido oposto, entendendo que a redução, uma vez reconhecida a participação de menor importância, é obrigatória por configurar-se em direito público subjetivo do réu, vide Celso Delmanto. Celso DELMANTO *et alii*. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62. Essa visão, com efeito, é mais consentânea com o princípio da culpabilidade que o dispositivo pretendeu encerrar.

Dessa forma, em sendo reconhecida a participação de somenos importância, o juiz **deverá**<sup>263</sup> – e aqui não se cogita ser mais uma faculdade do julgador – reduzir a pena entre um quinto e um terço. Outra diferença, deve-se frisar, é que, por expressa previsão do art. 73, o limite mínimo deve ser respeitado, não sendo possível condenação aquém desse limite.

Não há diferença entre as expressões “menor importância”, do Código Penal comum, e de “somenos importância”, do Código Penal Militar. Precisa e clara, nesse mister, a observação de Jorge César de Assis: “Não nos parece haver diferença entre os vocábulos *somenos* e *menor*, já que *somenos* significa exatamente ‘*de menor valor que outro, inferior*’<sup>264</sup>.

As quatro observações trazidas acima pelas palavras de Magalhães Noronha, podem, dessa forma, ser aplicadas ao dispositivo do Código Penal Militar, porém com algumas diferenças:

a) primeira observação: o dispositivo aplica-se somente ao partícipe e não ao co-autor;

b) segunda observação: por “somenos importância” deve-se também entender aquela de leve eficiência causal, considerando-se, ademais, o momento da participação no *iter criminis*, a intensidade do elemento subjetivo, a natureza da cooperação diante do resultado final e, por fim, o grau de reprovabilidade da ação;

c) terceira observação: a presente causa de diminuição de pena é incompatível com as agravantes contidas no § 2º, do art. 53, do Código Penal Militar, bem como com o reconhecimento da condição de “cabeças”, prevista nos §§ 4º e 5º do mesmo artigo;

d) quarta observação: a redução da reprimenda é **obrigatória**.

---

<sup>263</sup> Jorge César de ASSIS. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 150.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 150.

### 3.1.3 Requisitos do concurso de pessoas

A simples pluralidade de pessoas no pólo ativo não basta para reconhecer o concurso de pessoas, sendo necessária a constatação de certos requisitos, que devem ser estudados detidamente. Com certas variantes na doutrina, pode-se garimpar que os requisitos para o reconhecimento do concurso de pessoas são a pluralidade de condutas, a relevância causal de cada uma das ações, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade do fato<sup>265</sup>.

#### 3.1.3.1 Pluralidade de condutas

Para que haja concurso de pessoas, exigem-se, no mínimo, duas condutas, perpetradas por distintas pessoas, já que a pluralidade de conduta praticada pela mesma pessoa seria hipótese de concurso de crimes (*concursum delictorum*) e não de pessoas (*concursum delinquentium*).

As condutas plurais, no mínimo duas, podem ser ambas principais, realizadas pelos autores, ocasião em que haveria a co-autoria, ou uma principal e outra acessória, praticada, respectivamente, por autor e partícipe, quando reconhecer-se-ia a participação.

Ressalte-se que esse requisito isolado não basta para o reconhecimento do concurso de pessoas, podendo haver hipóteses em que a pluralidade de pessoas significará mera autoria colateral, erro provocado por terceiro ou autoria mediata.

---

<sup>265</sup> Além desses requisitos, Guilherme Nucci acrescenta a necessidade de o fato ser punível. Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 270. Para Magalhães Noronha, além dos três primeiros requisitos apontados, é necessário que haja a “ciência, pelo menos, de um agente aderir à ação do outro, o que parece estar abrangido pelo liame subjetivo”. Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 220.

### 3.1.3.2 Relevância causal das condutas

A adoção da teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) nos Códigos Penais marca a grande necessidade, embora não indispensável, de reconhecer a causação física do resultado para a imputação da responsabilidade penal.

Tanto o Código Penal comum, em seu art. 13, como o Código Penal Militar, no art. 29, dispõem que o “resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” e consideram causa “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Dessa forma, somente é possível a imputação do resultado se houver a confirmação da causação, o que não poderia ser diferente na imputação coletiva resultante do concurso de pessoas. Tal constatação, no entanto, não permite concluir que o causador será sempre o autor e, em conseqüência, as concausas redundam em co-delinqüência.

A causação do resultado é relevante nos crimes materiais, havendo crimes outros que prescindem da causação para a constatação da autoria. É o caso dos crimes formais e de mera conduta, que prescindem, para sua consumação, de um resultado naturalístico<sup>266</sup>.

Outro ponto a fragilizar a exigência do nexos causal está na estrutura dos delitos em que há o reconhecimento de um nexos de causalidade normativo e não físico, como ocorre nos crimes omissivos impróprios. Com efeito, a causação do resultado nos crimes comissivos por omissão não é detectada sensorialmente, mas respeita uma imposição legal em face de um dever jurídico de ação grafado no § 2º, do art. 13, do Código Penal, e no § 2º, do art. 29, do Código Penal Militar.

Pode-se firmar que nos crimes materiais a co-delinqüência exige a constatação da causação física, sendo possível, todavia, reconhecer o concurso de agentes nos crimes que prescindem da investigação material da causação do

---

<sup>266</sup> Nesse sentido, vide Nilo BATISTA. Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 40-2.

resultado, como os crimes de mera conduta, os crimes formais e os crimes comissivos por omissão. Assim, acompanhando Mezger, é possível concluir que a causalidade é o “ponto de arranque científico de toda teoria jurídico-penal da participação”<sup>267</sup>, vista aqui em sentido lato, mas não a encerra.

### 3.1.3.3 Liame subjetivo

O liame subjetivo entre os co-delinquentes traduz-se pela simples consciência ou vontade de cooperação, unindo as condutas dos consortes. É “um vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si”<sup>268</sup>.

Essa ligação pode ser reconhecida durante todo o *iter criminis*, desde que antes da consumação, não sendo possível reconhecer uma adesão subjetiva após o momento consumativo do delito.

Questão de extrema importância para o presente trabalho é investigar se o liame subjetivo deve ser bilateral ou sua existência contenta-se com a unilateralidade. Urge investigar, em outras palavras, se haverá concurso, mesmo que somente um dos concorrentes saiba da cooperação.

Em princípio, para a co-autoria, o liame exigido deve ser bilateral, afastando-se essa forma de concurso quando apenas um dos concorrentes tem a consciência da cooperação. Nesse sentido, Jescheck e Weigend postulam que o “componente subjetivo necessário da co-autoria é a resolução delitiva comum. A imputação recíproca das distintas contribuições só está justificada por esse elemento. Não é suficiente com um acordo unilateral senão que ‘todos devem intervir mediante uma cooperação consciente e voluntária’(...) No concerto de vontades deve fixar-se à divisão de funções a serem desenvolvidas através da qual deve ser

---

<sup>267</sup> Edmundo MEZGER. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Tradução para o Espanhol de Conrado A. Finzi Buenos Aires: Librería “El Foro”, sem data de publicação aparente, t. I, p. 298-9.

<sup>268</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 270.

alcançado o resultado a projetado que, deste modo, não deve ser senão consequência do esforço comum”<sup>269</sup> (g. n.).

No caso da participação, pela concepção doutrinária majoritária, senão unânime, a conformação é distinta, admitindo a doutrina que o vínculo subjetivo caracterize-se de forma unilateral. É exatamente essa concepção, a ser abordada em capítulo conclusivo, que possibilita a responsabilização da **chamada participação por omissão**.

Tomem-se, inicialmente, as lições de Jescheck e Weigend, que, embora adeptos da teoria do domínio do fato, trazem esclarecedor trecho acerca do elemento subjetivo da participação sob a forma de cumplicidade: “O cúmplice limita-se a favorecer um fato alheio; assim como o indutor tampouco toma parte no domínio do fato; o autor nem sequer necessita saber de sua contribuição convertida em auxílio (a denominada cumplicidade clandestina). Neste ponto diferencia-se a cumplicidade da co-autoria pois esta última pressupõe o domínio funcional do fato sobre a base de uma resolução delitiva comum”<sup>270</sup>(g. n.).

No Brasil, é lugar comum a aceitação do vínculo subjetivo unilateral na participação. Fragoso, por exemplo, ao tratar do aspecto subjetivo da participação, postula que ela “requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem. Não se exige aqui também o prévio concerto, bastando que o partícipe tenha a consciência de contribuir para o crime. Tal consciência pode faltar ao autor, como no exemplo que deixa aberta a porta para facilitar o ladrão que desconhece o auxílio (...)”<sup>271</sup> (g. n.). Da mesma forma Magalhães Noronha, ao consignar que “na co-participação é mister um vínculo psicológico unindo as várias condutas, o que importa em que elas tenham um objetivo comum, havendo ciência, pelo menos, de um autor aderir à ação do outro; é necessário que ele tenha vontade livre e consciente de concorrer à ação de outrem”<sup>272</sup> (g. n.).

Dessa forma, pode-se concluir que o **liame subjetivo**, ligando as várias condutas concorrentes, é requisito indispensável da co-delinquência; porém, **na**

---

<sup>269</sup> Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 730.

<sup>270</sup> Idem, p. 744.

<sup>271</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 317.

<sup>272</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 215.

**participação**, à luz da doutrina dominante, pode ocorrer de **forma unilateral**, em que apenas um dos concorrentes saiba que colabora na ação de outrem.

### 3.1.3.4 Identidade de fato criminoso

Em relação à consequência do concurso de pessoas, três teorias prestam-se, de forma relevante, a determinar se haverá um ou mais crimes praticados.

A **teoria unitária** ou monista sustenta que a existência de várias pessoas e condutas no pólo ativo deve resultar em um único fato delitivo, havendo a unidade ou identidade do fato criminoso. A **teoria pluralística**, de outro enfoque, entende que cada co-delinquente deve responder por crime diverso, de forma simultânea, surgindo o que se intitula “delito de concurso” (vários delitos ligados por uma relação de causalidade)<sup>273</sup>. Por fim, pela **teoria dualista**, “havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, causando um só resultado, deve-se separar os co-autores, os co-autores, que praticaram um delito, e os partícipes, que cometeram outro”<sup>274</sup>.

Nos Códigos Penais brasileiros (comum e militar) é clara a adoção da teoria unitária como regra. O *caput* do art. 29 do Código Penal comum, similarmente ao *caput* do art. 53 do Código Penal castrense, impõe que aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a **este** cominadas.

Todavia, há exceções nos diplomas em estudo nos quais se adota a teoria pluralista. São pontos de adoção dessa teoria, por exceção, em que cada um dos consortes responderá por delito próprio. São exemplos a corrupção ativa (art. 333 do CP e 309 do CPM) e passiva (art. 317 do CP e 308 do CPM), bem como o aborto praticado por médico com consentimento da gestante, em que a mulher responderia pelo art. 124 do Código Penal e o médico pelo art. 126 do mesmo Diploma, crimes que não têm similares no Código Penal Militar.

---

<sup>273</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 267.

<sup>274</sup> Idem. *Ibidem*.

### 3.1.4 Concurso de pessoas e o crime culposos

Na estrutura do Código Penal comum, é perfeitamente possível reconhecer o concurso de pessoas, desde que sob a forma de co-autoria, em delitos culposos. Afasta-se, por outro bordo, a participação, pois qualquer que seja a conduta será ela considerada, desde que inobserve um dever de cuidado objetivo, causa culposa do delito. Assim, no exemplo de Magalhães Noronha, se uma pessoa instiga alguém a conduzir um veículo em velocidade superior à permitida, resultando em um atropelamento, ambos serão autores, portanto co-autores, do delito de lesão corporal culposa<sup>275</sup>.

De notar-se que se houver a conduta acessória de forma dolosa, não haverá o caso de participação em um único crime, mas de autoria de crimes diversos, pois impossível a participação dolosa em crime culposos ou a participação culposa em crime doloso. Imagine-se o seguinte exemplo: um policial “A”, em instrução de tiro em um estande, é recorrente em brincar com os colegas apontando-lhes a arma descarregada e acionando a tecla do gatilho, de modo a assustá-los, conduta essa que transgredir as normas de segurança expressas para a instrução de tiro; um outro policial “B”, sabendo dessa prática, resolve carregar a arma utilizada sem que o incauto policial “A” perceba; ao acionar a tecla do gatilho, “A” desfere o tiro fatal contra o colega, Nesse exemplo, não haverá concurso de pessoas, mas autoria (colateral) de homicídio doloso por “B” e culposos por “A”. Caso não houvesse culpa de “A”, a hipótese seria de autoria mediata.

Nesse sentido, muito bem dispõe Nilo Batista:

“A participação é conduta essencialmente *dolosa*, e deve dirigir-se à interferência num delito também *doloso*. O dolo do partícipe (dolo de instigador ou dolo de cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual. Não é pensável uma participação culposa: tal via nos conduziria inevitavelmente a hipóteses de autoria colateral, como já visto.

O crime do qual se participa, por outro lado, deve necessariamente ser doloso. Como assinala Bockelmann, ‘toda tesis que admita como posible la instigación a un actuar no doloso, no está en condiciones de diferenciar la instigación de la autoria mediata’. A participação dolosa dirigida a um delito culposos estabelece desde logo um quadro de autoria mediata

---

<sup>275</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit. p. 216.

Entre nós, participa do entendimento aqui esposado Heleno Fragoso, para quem 'a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem', e examina a falta de dolo no partícipe e no autor direto. A maior parte da doutrina, todavia, apresenta a regra 'não cabe participação culposa em crime doloso ou participação dolosa em crime culposo' (que é clara *conseqüência* do conceito de participação) como subprincípio, derivado do 'princípio' que se pretende chamar de 'homogeneidade do elemento subjetivo'. Hungria, por exemplo, que define a participação como '*vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem*', não precisaria de se socorrer de nenhum 'princípio', mas tão-só de sua própria definição, para não falar de participação *culposa*<sup>276</sup>.

Em resumo, portanto, na estrutura do Código Penal comum, é perfeitamente possível a co-autoria em delito culposo, mas impossível a participação culposa, seja em delito culposo ou doloso, bem como a participação dolosa em delito culposo, já que, em primeiro plano, a própria conceituação de participação conforma-se apenas ao dolo e, em seguida, a participação dolosa em delito culposo redundará em crimes diversos, um doloso e outro culposo, afigurando-se, portanto, a uma autoria colateral e não ao concurso de pessoas.

A construção acima, no entanto, ganha peculiaridade em uma estrutura causalista, como o Código Penal Militar, e essa conclusão é alcançada pelas palavras de Fragoso:

"Nos crimes culposos, como vimos, conduta típica é aquela que viola o dever objetivo de cuidado e é autor todo aquele que, desatendendo a tal dever, causa o resultado antijurídico, qualquer que seja a contribuição causal. Nos crimes culposos, como se percebe, há apenas autoria ou co-autoria (execução plural da ação ou omissão típica), e nunca participação, porque em qualquer caso a conduta será típica. Diversa seria a hipótese se a tipicidade dos crimes culposos se esgotasse na mera causação do resultado, como pretendia a doutrina clássica<sup>277</sup> (g.n.).

Ora, a tipicidade do Código Penal Militar, embora não adstrita a extrema causalidade, não abarca, dentro da conduta, o elemento subjetivo, que somente será avaliado quando da análise da culpabilidade. Em sendo a natureza do concurso de pessoas questão adstrita à tipicidade<sup>278</sup>, no Código Penal Militar indiferente seria

<sup>276</sup> Nilo BATISTA. Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro, cit., p. 158.

<sup>277</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 313.

<sup>278</sup> Nesse sentido, lembra Nilo Batista que "não tem nenhum sentido situar-se a teoria do autor fora do injusto, como 'forma de aparição' (Mezger) ou 'forma de realização' (Aníbal Bruno) do fato punível. É precisamente, e apenas, o autor que 'produz' o injusto; não pode haver injusto sem autor. Por essa via, afirma Jescek que a teoria da participação é um pedaço da teoria do tipo (...)". Nilo BATISTA. *Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 29.

averiguar se a instigação ou a cumplicidade fora culposa ou dolosa, questão que apenas resolver-se-ia no plano da culpabilidade.

### 3.1.5 A “participação” de um dos co-delinqüentes em crime menos grave, com e sem a previsibilidade do pior resultado

O Código Penal comum prevê, no § 2º do art. 29 (1ª parte), que se “algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”. Trata-se do reconhecimento do concurso em crime menos grave ou cooperação dolosamente distinta, em que há um **excesso qualitativo**<sup>279</sup> por parte de um dos co-delinqüentes. Contudo, prossegue o dispositivo, firmando que a pena do concorrente “será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º do art. 29, 2ª parte), havendo o **excesso quantitativo**<sup>280</sup>.

Quanto ao alcance do dispositivo nas forma de co-delinqüência, Guilherme Nucci assenta que o instituto em análise pode ser reconhecido tanto no caso de co-autoria como no caso de participação, o que se infere da utilização pelo legislador da expressão “algum dos concorrentes”<sup>281</sup>.

Com efeito, a lei penal, ao grafar a expressão destacada por Guilherme Nucci, aparenta desejar ir além da aplicação apenas na participação (em sentido estrito), como postulam Magalhães Noronha<sup>282</sup> e Fragoso<sup>283</sup>, devendo o verbo “participar”, também constante expressamente do dispositivo sub examine, ser compreendido em sentido lato, como sinônimo de co-delinqüência.

Com o fito de comprovar o maior acerto da amplitude de aplicação da cooperação dolosamente distinta, raciocine-se com o seguinte exemplo: “A” e “B” decidem furtar uma residência, com a plena certeza de que ela está vazia, sem seus proprietários, deixando inclusive de levar armas de fogo; dividem a tarefa de subtração dos bens, dada a amplitude do imóvel, por cômodos, uns bem distante

---

<sup>279</sup> Classificação de Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 219.

<sup>280</sup> *Idem* Ibidem.

<sup>281</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 271.

<sup>282</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 216.

dos outros. “A” dirige-se para o prédio central e “B” inicia pela edícula, no fundo da construção principal. Em dado momento, no prédio principal, “A” encontra uma empregada circulando no interior do imóvel e decide, mediante grave ameaça por instrumento contundente, estuprá-la; “B”, ouvindo o barulho no prédio principal, para lá se dirige e encontra seu comparsa já em conjunção carnal com a vítima, nada mais podendo fazer para impedir o desatino de “A”. De certo, apesar de ambos serem co-autores do furto (imaginando que a empregada não tenha sido ameaçada para franquear a subtração de bens), “B” não deve responder pelo crime contra a liberdade sexual.

Nitidamente, portanto, o co-autor que anuiu apenas até determinado ponto do comportamento criminoso, se não houver previsibilidade do resultado mais grave, responderá apenas pelo(s) delito(s) até o ponto de sua anuência. Isso ocorre em função de haver uma deficiência no elemento subjetivo entre os co-delinqüentes, existindo o desejo de um deles de participar (em sentido lato) de delito dotado de menor reprovabilidade.

Em outra hipótese, no entanto, se o resultado mais grave era previsível, a reprovabilidade será maior, porém não a ponto de equipará-la à do executor. A pena do agente que poderia prever o resultado mais gravoso, afastado o dolo eventual, obviamente, será a do crime que desejava participar (em sentido lato), aumentada de até a metade.

Tome-se, para melhor aclarar o que se postula, o exemplo de Fragoso, que, devido à sua posição já mencionada, refere-se apenas à participação em sentido estrito: “Tício manda Caio espancar Mévio. Caio, no entanto, encontra resistência na vítima, com quem se empenha em luta corporal, matando-a. Tício não pretendia participar de homicídio, mas sim, apenas de lesão corporal. A lei vigente estabelece que Tício vai responder, de acordo com a sua culpabilidade pelo crime que quis praticar e não pelo que o autor praticou. Todavia, se o resultado mais grave era previsível, como sem a menor dúvida seria no exemplo que formulamos, a pena imposta ao partícipe deve ser aumentada ‘até a metade’<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 322.

<sup>284</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 322.

Apesar de o Código Penal Militar dispor, no § 1º do art. 53, que a “punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade”, não apresenta ele dispositivo que consagre a cooperação dolosamente distinta. Essa estrutura é perfeitamente compreensível quando se compreende que a co-delinquência, como acima já sustentado, configura-se em um problema de tipicidade, em especial da conduta típica, que na estrutura do Código Penal Militar prescinde da investigação do dolo e da culpa (cf. art. 33 do CPM). Em se tratando de cooperação delitativa dolosamente distinta, no Código Castrense a discussão desloca-se para o plano da culpabilidade, na mensuração do dolo para o reconhecimento do delito.

Duas alternativas, portanto, seriam possíveis para reparar o descompasso entre o Código Penal comum e o Código Penal Militar.

Em primeiro plano, abandonando a fidelidade sistêmica do Código Castrense, poder-se-ia invocar o princípio da culpabilidade, tão exaltado nesta parte do trabalho, postulando que sua aplicação impediria que os co-delinquentes respondessem de forma idêntica se colaborassem causalmente de forma distinta. Para solucionar a omissão, a lacuna da lei penal militar, lançar-se-ia mão da analogia *in bonam partem*, aplicando-se a regra do Código Penal comum.

Outra alternativa, atendo-se agora à fidelidade sistêmica, seria não reconhecer o delito mais grave apenas por não haver dolo ou culpa do co-delinquente. Caso haja a previsibilidade, sem o dolo eventual, poder-se-ia aplicar a pena do crime, dosando-se porém de acordo com a culpabilidade, conforme orienta o § 1º, do art. 53 do Código focado – “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade”. Assim, aproveitando-se os dois exemplos supracitados, no caso dos co-autores do furto, pelo Código Penal Militar, “B” também não responderia pelo estupro, por não ter obrado conjuntamente com “A” com dolo ou com culpa. No caso do mandante da lesão corporal, havendo o resultado homicídio, em sendo previsível tal resultado, o mandante por ele responde, a título de dolo eventual ou de culpa, havendo nessa última hipótese a autoria co-lateral (um responde por homicídio doloso – o executor – e o outro por culposo – o mandante).

A primeira alternativa, aplicando-se a analogia *in bonam partem*, parece ser a mais adequada, a que melhor atende ao princípio da culpabilidade.

### **3.1.6 A figura dos “cabeças” no Direito Penal Militar**

Nos delitos de concurso necessário (plurissubjetivos), o Código Penal Militar traz disposição *sui generis* ao definir os “cabeças” do delito.

O assunto está disciplinado nos §§ 4º e 5º do art. 53, segundo os quais “cabeças” são aqueles que provocam ou instigam a ação delituosa em um crime de autoria coletiva. Quando esse crime é praticado por oficiais, em concurso com inferiores, são eles, mesmo que não insuflam, “cabeças” do crime.

A conseqüência penal é o aumento de pena, de acordo com o preceito secundário do tipo pena. À guisa de exemplo, tome-se a pena cominada para o crime de motim, art. 149 do Código Penal Militar, com a majoração para os “cabeças” (“Pena - reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças”).

Ressalte-se neste ponto a afirmação, já consignada acima, de que os crimes de concurso necessário podem sim ter o efeito do concurso de pessoas, como a aplicação das agravantes do § 2º, do art. 53, combinando-as, inclusive com a figura dos “cabeças”, desde que não representem duplo gravame, como na hipótese do inciso I do referido dispositivo.

### **3.1.7 Cooperação sucessiva**

Questão também muito relevante em matéria de co-delinquência é a discussão acerca da possibilidade de haver a cooperação sucessiva para o delito, ou seja, a investigação do momento limite para que determinada conduta possa unir-se a outra, de modo que possa haver a responsabilização em sede de concurso de pessoas.

Nilo Batista admite as seguintes hipóteses:

“Como vimos anteriormente (supra, nº 38), o acordo (expresso ou tácito) de vontades pode ocorrer mesmo durante a realização do fato; quando isto se dá, depois do início da execução, fala-se em *co-autoria sucessiva*. Passando casualmente diante de uma residência, cujos moradores estão viajando, A percebe que B está furtando objetos de seu interior, levando-os para um carro, e entre ambos se estabelece um acordo de vontades para que juntos prossigam na execução, o que acontece. Sem o acordo (ainda que tácito), não haveria co-autoria sucessiva, à mingua da comum resolução para o fato. Assim, no exemplo proposto, se A houvesse se limitado a observar a atividade de B, e quando este fosse embora, percebendo que ele não fechara a porta, também ingressasse na residência e subtraísse algum objeto remanescente, não se estabeleceria qualquer relação de co-autoria. A conclusão adquiriria relevância quando interviesse alguma qualificativa na conduta de B (por exemplo, a chave falsa no abrir a porta), uma vez que A só responderia por furto simples, embora aproveitando-se da porta aberta.

Pode ocorrer a co-autoria sucessiva não só até a simples *consumação* do delito, e sim até o seu *exaurimento*, que Maurach chama de '*punto final*'. Dessa forma, o agente que aderisse à empresa delituosa de extorsão mediante seqüestro (art. 159 CP) por ocasião da obtenção do preço do resgate (que está situada após a consumação, configurando mero exaurimento) seria co-autor sucessivo (desde, é claro, pudesse ser co-autor, pela presença dos requisitos já examinados)<sup>285</sup>.

Não merece, com a devida admiração pelo autor, prosperar o raciocínio trazido por Nilo Batista.

O momento de adesão de uma conduta à outra para o reconhecimento do concurso de pessoas pode ser até a consumação do delito. Após essa, o que se terá será apenas um crime diverso ou, como se verá no próximo subitem, hipótese de crime impossível.

No exemplo em que B enxerga A cometendo furto, caso apenas assista e não tenha o dever de ação, haverá o que se intitula mera convivência, fato não-punível em nosso Direito. Caso B ajude A na subtração, aderindo de forma subjetiva ao furto em andamento, o caso será de simples co-delinqüência, e não de uma co-autoria sucessiva, porquanto haveria a formação do liame subjetivo ainda antes da consumação.

No caso da extorsão mediante seqüestro, se alguém comparecer simplesmente para recolher o dinheiro do resgate, poderiam ocorrer duas situações, não exploradas pelo exemplo de Nilo Batista: a) como regra, nenhum grupo que

---

<sup>285</sup> Nilo BATISTA. Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro, cit., p. 116-7.

pratique extorsão mediante seqüestro libera a vítima que tem sua liberdade cerceada antes de receber o valor pago pelo resgate; dessa forma, tomando por primeira hipótese que alguém fora receber o dinheiro exigido durante a manutenção do seqüestro, em sendo um crime permanente, a situação seria de adesão durante a consumação do delito, portanto, caso claro de co-delinquência; b) imagine-se, por hipótese diversa, que a pessoa que busca o valor do resgate apenas tenha aderido a essa função após a libertação da vítima seqüestrada, ou seja, tendo os financiadores do resgate deixado o dinheiro em lugar combinado, longe das vistas da polícia, e essa pessoa, sabendo posteriormente que houve a extorsão mediante seqüestro, mas que a vítima já havia sido libertada, decidisse apenas recolher o montante em dinheiro; haveria nesse caso hipótese de crime diverso para o coletor do montante, pois se “o agente ajuda a assegurar o proveito do crime, intervindo após a consumação, praticará o crime de favorecimento real (artigo 349, CP)”<sup>286</sup> e não será concorrente para o delito de extorsão mediante seqüestro<sup>287</sup>.

Bem verdade, ressalte-se, por fim, que a possibilidade de co-autoria sucessiva já existiu nas legislações penais passadas, a exemplo do que dispunham o § 1º, do art. 6º, do Código Criminal do Império (“Os que receberem, ocultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o forão ou devendo saber-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberam ou compraram”) e o § 3º, do art. 19, do Código Penal de 1890 (“Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houverem”). Na atualidade, no entanto, com a definição de delitos sucessivos à delinquência principal, com o já citado favorecimento real (art. 349 do CP e 351 do CPM), o favorecimento pessoal (art. 348 do CP e 350 do CPM) e a receptação (art. 180 do CP e 254 do CPM), em nome mesmo do princípio da especialidade, não há que se reconhecer a co-delinquência.

---

<sup>286</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 317.

<sup>287</sup> Também no sentido aqui postulado, vide Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 274.

### 3.1.8 “Autoria incerta” no concurso de pessoas

A autoria incerta ocorre quando existirem vários executores e não se souber a qual deles atribuir o resultado.

A adoção da teoria monista, conforme exposto acima (subitem 3.1.3.4), resolve o problema de forma adequada, já que todos os co-delinqüentes responderão pelo mesmo fato criminoso. Desde que “haja convergência de vontades para um fim comum, aderindo um dos agentes à ação do outro, a não identificação do resultado não importa em autoria incerta, pois ambos responderão pelo resultado”<sup>288</sup>. Pode-se mesmo afirmar que não poderá haver autoria incerta no caso de concurso de pessoas, já que os co-delinqüentes, não importando seu grau de contribuição – o que será apenas relevante para a dosimetria da pena –, serão autores do delito, sendo hipótese de **autoria certa**.

Dessa forma, se *A* e *B* decidem, em união de propósitos, praticar homicídio contra *C*, havendo a execução do plano em sua integralidade com disparos de arma de fogo por ambos os executores, poder-se-ão vislumbrar duas hipóteses:

a) em não havendo a identificação de quem efetuou o(s) disparo(s) letal(ais) (projéteis não recuperados, projéteis extremamente deformados etc.), ambos responderão pelo delito, conforme o resultado produzido, em face da teoria unitária adotada pelos Códigos Penais (comum e militar);

b) havendo a identificação de quem efetuou o(s) disparo(s) letal(ais), ainda que de somente uma das armas, ambos responderão pelo delito, conforme o resultado produzido, em face da teoria unitária adotada pelos Códigos Penais (comum e militar);

Ressalte-se que, se a adesão de *B* à conduta de *A*, pelo liame subjetivo, não for anterior à execução, afastando-se a instigação, havendo a constatação de que *B* disparou contra *C* quando este já estava morto, a hipótese será de crime

---

<sup>288</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 223.

impossível para *B*, não sendo possível, como acima sustentado, a co-autoria sucessiva.

Caso haja a autoria co-lateral, conforme abordado abaixo, as hipóteses serão diversa.

### **3.1.9 Classificação dos delitos com base no concurso de pessoas**

No que tange ainda ao concurso, deve-se entender que existem crimes unissubjetivos (monossubjetivos ou unilaterais), que se traduzem como aqueles que podem ser praticados por uma só pessoa, embora nada impeça a co-autoria ou a participação. Nesses casos, o concurso de pessoas será eventual, tal qual ocorre no homicídio (art. 121 do CP e art. 205 do CPM).

Por outro lado, há delitos que, por sua conceituação típica, exigem dois ou mais agentes para a prática da conduta criminosa, sendo necessário, portanto, o concurso de pessoas. São os delitos plurissubjetivos ou de concurso necessário, que podem, na visão de Mirabete<sup>289</sup>, ser destacados em três categorias:

a) delitos plurissubjetivos de condutas paralelas: em que os co-autores praticam a conduta em um mesmo propósito, porém sem que um direcione sua conduta para o outro. Como exemplos têm-se o delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e o crime de motim (art. 149 do CPM);

b) delitos plurissubjetivos de condutas convergentes: em que os co-autores praticam a conduta em um mesmo propósito, porém um direcionando sua conduta para o outro, sem que seja uma agressão, uma oposição. Como exemplos têm-se o delito de bigamia (art. 235 do CP) e o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem (art. 235 do CPM); nesses crimes, é possível que um dos concorrentes não seja culpável (por exemplo, por ser inimputável), quando será afastada a hipótese de concurso, remanescendo a autoria de um dos consortes;

---

<sup>289</sup> Julio Fabbrini MIRABETE. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 120.

c) delitos plurissubjetivos de condutas divergentes: nesse caso, os co-autores dirigem suas ações uns contra os outros. Tome-se como exemplo o crime de rixa (art. 211 do CPM e 137 do CP).

Há ainda uma espécie de crimes que somente pode ser perpetrada pelo autor em pessoa, como no caso do crime de deserção (art. 187 do CPM) e do falso testemunho (art. 346 do CPM). Tais crimes, denominados crimes de mão-própria, somente admitem a participação.

### **3.1.10 Comunicação das circunstâncias pessoais elementares do tipo penal**

O Código Penal comum e o Código Penal Militar possuem a regra de que as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam, salvo se elementares do tipo penal (art.30 do CP e a 2ª parte, do § 1º, do art. 53 do CPM).

Para Guilherme Nucci, condição pessoal é o modo de ser ou qualidade inerente à pessoa, a exemplo da menoridade, enquanto a circunstância pessoal é uma situação ou particularidade que envolve o agente sem constituir elemento essencial de sua pessoa, como o motivo fútil<sup>290</sup>.

Há, em verdade, uma tendência à compreensão única dos vocábulos, tendo-os por sinônimos, como o faz Fragoso, para quem as circunstâncias podem ser subjetivas (de caráter pessoal) ou objetivas (de caráter real). “As circunstâncias subjetivas são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais partícipes ou co-autores. São circunstâncias objetivas as que se referem aos meios e momentos de execução, à condição ou qualidade da vítima, ao tempo, lugar e ocasião do crime, bem como à natureza do objeto material”<sup>291</sup>.

Os Códigos Penais em exame são silentes em relação às circunstâncias objetivas, referindo-se apenas às de caráter subjetivo, pessoal, donde conclui-se

---

<sup>290</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 276-7.

<sup>291</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 324.

que apenas estas são comunicáveis entre os consortes quando exigidas como elemento típico. Essa previsão leva à conclusão de que tais circunstâncias somente seriam comunicáveis se o autor, ao menos, pudesse prevêê-las<sup>292</sup>.

Elementar do tipo, é preciso que seja lembrado, constitui todo e qualquer elemento grafado no tipo penal, de modo que o crime não será verificado sem sua presença. Como exemplo, cite-se a condição de ser funcionário público para o delito de concussão (art. 316 do CP) ou de ser militar da ativa para o delito de deserção (art. 187 cc art. 22, ambos do CPM).

Questão muito discutida refere-se à aceitação de condições ou circunstâncias personalíssimas, que não poderiam ser comunicadas entre os consortes. É o caso, no Código Penal comum, do estado puerperal para o delito de infanticídio (art. 123 do CP).

Ora, o tipo citado dispõe ser crime “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, ficando clara a situação de que o “estado puerperal” é uma circunstância pessoal que se configura em elemento típico, sendo perfeitamente possível sua comunicação entre os consortes. Ademais, é estranha à lei penal a construção de uma “circunstância personalíssima”, incapaz de ser comunicada, já que os dispositivos em análise (art.30 do CP e a 2ª parte do § 1º, do art. 53, do CPM) não abrem exceção<sup>293</sup>.

## 3.2 AUTORIA COLATERAL

Como já se disse, nem sempre a pluralidade de pessoas no pólo ativo de um delito significará o concurso de pessoas, podendo ocorrer, dentre outras hipóteses, a autoria colateral.

---

<sup>292</sup> Nesse sentido, Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 277. No sentido de que tais circunstâncias não se comunicam, Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 221-2.

<sup>293</sup> Nesse sentido, Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, cit., p. 277-8. Também Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*, cit., p. 221.

A autoria colateral ocorre quando mais de um agente esteja praticando a conduta, um sem saber que o outro também a pratica. Os agentes desconhecem que estão praticando a mesma conduta simultaneamente. Não há unidade de objetivos (um liame subjetivo entre os agentes), respondendo cada agente pela conduta praticada.

Como exemplo, tome-se o caso em que dois atiradores pretendem praticar um homicídio contra terceiro inocente, simultaneamente, mas um não sabendo da existência do outro. Como não tinham unidade de propósitos, cada um responde pelo crime que cometeu, podendo, consoante as lições de Fragoso<sup>294</sup>, haver as seguintes hipóteses:

a) se a vítima morreu em razão dos disparos efetuados por ambos, os dois responderão por homicídio consumado;

b) se a vítima morreu em razão do disparo efetuado por apenas um dos autores, apenas este responderá por homicídio consumado, enquanto o outro por homicídio tentado;

c) finalmente, se a vítima falecer em razão de um disparo, do qual não se pode detectar a autoria, ambos responderão, em nome do princípio *in dubio pro reo*, por homicídio tentado, reconhecendo-se aqui a autoria incerta, impossível no caso de concurso de pessoas.

Derradeiramente, deve-se lembrar também que há a possibilidade de crime impossível por um dos atiradores. Como exemplo, *A* e *B* querem matar *C*, isso sem haver o liame subjetivo de cooperação (autoria colateral). *A* decide executar seu plano por envenenamento e *B* por arma de fogo. Em um cômodo, *A* administra a dose letal de modo que *C* cai sobre a cama, morrendo em segundos. *B*, sem saber que *C* já se encontra morto, pouco após, entra no quarto e desfere seis tiros sobre o cadáver. Haverá crime impossível por impropriedade absoluta do objeto.

---

<sup>294</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 315.

# DA “PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO” E SEUS PROBLEMAS PRÁTICOS

## 4.1 Introdução ao capítulo

Nesta parte do trabalho buscar-se-á atacar ao tema proposto diretamente, verificando qual a dimensão exata que se deve dar à assim chamada “participação por omissão”.

Antes, porém, faz-se necessário retomar alguns pontos já vistos.

### 4.1.1 A retomada de alguns pontos relevantes

#### 4.1.1.1 Conceito de omissão

Como já assentado no subitem 2.1.4, deve-se compreender a omissão de forma ontológica, em um conceito negativo transitivo, segundo o qual se configura em uma abstenção de ação determinada, exigindo-se, entretanto, uma possibilidade subjetiva (que pressupõe a capacidade física de ação) em que será avaliada a capacidade em concreto do omitente, com foco nos elementos a ele circundantes.

Deve-se ainda somar, para o reconhecimento da ação, o conhecimento do omitente da direção finalística que a ação exigida – da qual se absteve – comporta, isso arrimado em uma base de conhecimento ao menos potencial do objetivo da ação, do objeto da intervenção, da situação típica, de modo que o omitente tenha condições de reconhecer e de selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo.

A ação esperada, por fim, deve ser compreendida como uma expectativa arimada em um sistema normativo, o qual não deve ser compreendido de forma ampla, mas apenas centrado na tipicidade penal – um sistema normativo jurídico-penal. Evita-se, assim, a desnecessária intervenção estatal na liberdade de ação do cidadão, de modo que a criminalização da omissão constitui exceção no Estado Democrático de Direito.

#### 4.1.1.2 Estrutura do tipo penal objetivo da omissão imprópria

O preenchimento do tipo objetivo da omissão imprópria (subitem 2.1.5.2.1) requer os seguintes elementos:

- a) uma situação de perigo para o bem jurídico;
- b) a capacidade subjetiva de agir do omitente;
- c) a omissão efetiva da ação mandada;
- d) a produção do resultado típico (natural ou jurídico);
- e) a existência da figura do garantidor.

Para a delimitação da figura do garantidor, existem duas teorias que dividem prestígio, a saber, a teoria formal do dever jurídico e a teoria das funções.

No Brasil, como visto, a legislação vigente, tanto comum como militar, adotou a **teoria formal das fontes de dever**, sem a vinculação expressa a um contrato, considerando garantidor do bem jurídico aquele que tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância sobre o bem jurídico, que de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

#### **4.1.1.3 O tipo subjetivo da omissão imprópria**

No que concerne à **tipicidade subjetiva** da omissão imprópria (subitem 2.1.5.2.2), basta dizer que é perfeitamente possível perpetrar essa espécie de delito sob as formas dolosa ou culposa.

#### **4.1.1.4 Nexo causal nos delitos omissivos impróprios**

Nos delitos omissivos impróprios deve-se, sim, investigar o nexos causal (subitem 2.1.6); contudo, tal averiguação não passa pela causalidade física, mas sim normativa, com base na figura do garantidor.

Em outras palavras, deve-se averiguar a causalidade de acordo com a norma que considera a omissão como causa, quando a) alguém tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou, com seu comportamento anterior, c) criou o risco da superveniência do resultado.

#### **4.1.1.5 Antijuridicidade e culpabilidade na omissão imprópria**

A antijuridicidade e a culpabilidade nos delitos omissivos, conforme visto no subitem 2.1.8, não apresenta disposição específica, devendo ser avaliada de acordo com o sistema adotado, preferindo-se, no caso da culpabilidade, a adoção da teoria normativa pura, já que o finalismo foi o sistema eleito como orientador da pesquisa.

#### **4.1.1.6 Requisitos do concurso de pessoas**

Ingressando no tema do concurso de pessoas, muito importante é rememorar os requisitos para seu reconhecimento, conforme disposto no subitem 3.1.3.

Inicialmente, deve-se verificar a existência de, no mínimo, duas condutas, perpetradas por distintas pessoas, podendo muito bem haver uma comissiva e outra omissiva.

É preciso que tais condutas tenham relevância causal para o resultado, considerando-se que a causalidade física não é a única visão, podendo haver a causalidade normativa do crime omissivo impróprio, verificada pela constatação da existência da figura do garantidor que se omitiu (omissão no conceito acima resumido, com capacidade concreta de ação, possibilidade de compreensão de que a ação de que se absteve poderia obstar o resultado etc.).

Necessário também que haja o liame subjetivo, traduzido como a consciência ou a vontade de cooperação, unindo as condutas dos consortes. Esse liame, que prescinde do ajuste prévio, mas deve desenvolver-se antes da consumação, pode ser bilateral ou, na exceção, conforme reconhece a doutrina apontada, unilateral.

Finalmente, para a perfeição do concurso de pessoas, em regra, deve a pluralidade de condutas atrelar-se a fato delitivo único (teoria unitária ou monista), embora existam exceções devidamente apontadas.

## **4.2 A VISÃO DOMINANTE NA DOUTRINA ACERCA DO TEMA**

Como já suscitado várias vezes, a doutrina pátria – e a ela deve ser fixado o estudo dada a peculiaridade da legislação vigente – não esmiúça convenientemente a omissão do garantidor em face de fato de terceiro, limitando-se,

tão-somente, a reconhecer, de forma majoritária mas não unânime, como se verá, que há omissão penalmente relevante e em concurso de pessoas, sob a forma de participação (“participação por omissão”).

Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, como já citado na introdução desta pesquisa, não detalha a matéria, mas coloca nela visão isolada, segundo a qual a omissão do garantidor, o coloca na condição de autor do fato, ou de co-autor, se a resolução da omissão for conjunta, reconhecendo a participação na omissão imprópria apenas quando não houver o dever de ação, ou seja, quando o omitente não é garantidor. Exemplifica no fato do terceiro que instiga o garantidor a não impedir o resultado, sendo aquele partícipe do crime omissivo deste<sup>295</sup>.

Curiosa acerca do assunto é a visão de Juarez Tavares, que faz uma construção única acerca do concurso nos crimes omissivos, entendendo que tanto os omissivos próprios como impróprios, por terem a mesma natureza de uma inobservância de dever, importam em uma imputação individual, independente da dos outros que concorrem para o resultado. Assim, postula que “podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há co-autoria nem participação. Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor. Trata-se, na verdade, como expõe Armin Kaufmann, de uma forma especial de autoria colateral. São estas suas palavras: ‘*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos ter-se-ão omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão*’<sup>296</sup>.

Nessa mesma esteira está Nilo Batista, para quem se deve estabelecer que “onde exista o dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas poderá haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado)”<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> Cezar Roberto BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 530-1.

<sup>296</sup> Juarez TAVAREZ. *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 86.

<sup>297</sup> Nilo BATISTA. *Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 173.

A visão dominante, no entanto, não é em favor de co-autoria ou de autoria colateral, mas de participação por omissão, conforme já indicado.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos postula que as “hipóteses de um co-autor, enquanto o outro, de modo contrário ao dever, omite a ação de impedir a atuação positiva do primeiro, não seriam casos de co-autoria, mas de autoria e de participação, pela posição subordinada do omitente em relação ao autor”<sup>298</sup>.

Guilherme Nucci, por sua vez, dispõe que a participação por omissão pode ocorrer desde que o omitente tenha o dever de evitar o resultado, e exemplifica mencionando o bombeiro que se omite deliberadamente de combater o fogo, e deverá responder pelo crime de incêndio<sup>299</sup>.

As considerações dominantes acima, como se observou, são demasiadamente genéricas, não possibilitando a abordagem amíuade do tema. Em melhor posição de detalhamento, porém admitindo a possibilidade de participação por omissão, está Magalhães Noronha, *in verbis*:

“Pode o concurso dar-se mediante omissão, quando há o dever jurídico de evitar o evento, pois em tal caso a conduta omissiva é causal (n. 65). Faltando esse dever, não haverá co-participação, a menos tenha sido assegurada a inércia ao executor material. Há, então, um plano entre os agentes, cabendo a um *atividade* e a outro, *omissão*. Ocorrendo o dever jurídico de obstar o evento, é mister atentar ao elemento subjetivo do *obrigado*. Faltando a vontade de colaborar ou cooperar no fato, não pode este ser-lhe imputado; responderá a pessoa por *falta disciplinar* ou por outro delito. Hungria exemplifica com o caso do banhista que vê alguém atirar às ondas uma criança e por indiferença não intervém, praticando, então, o delito do art. 135; e do soldado que, por covardia, assiste a um assalto sem tomar qualquer providência, incorrendo dessarte, em falta disciplinar”<sup>300</sup>.

Com efeito, Hungria é dessa posição, postulando que, “mesmo no caso de existência do dever jurídico de impedir, não se pode reconhecer a participação, se não há, da parte do omitente, a vontade de aderir à prática do crime. Não basta a eficácia causal (sob o prisma lógico-jurídico) da omissão: é necessário, também

---

<sup>298</sup> Juarez Cirino dos SANTOS. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 252.

<sup>299</sup> Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 273.

<sup>300</sup> Edgard Magalhães NORONHA. *Direito Penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, p. 217.

aqui, o vínculo psicológico que faz inserir a vontade individual na vontade coletiva”<sup>301</sup>.

Feita a navegação por visões doutrinárias pátrias, cumpre agora a tomada de posição, para o que se pede vênha no sentido de resgatar as perguntas e as hipóteses formuladas em sede de introdução.

### 4.3 RESPOSTA ÀS INDAGAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No início do presente trabalho, algumas questões foram lançadas acerca do tema, a saber:

1) Em que termos dar-se-á a responsabilidade penal do garantidor, na omissão penalmente relevante, quando anui em um comportamento delituoso de terceiro?

2) Há concurso de pessoas, autoria colateral ou fato irrelevante penalmente?

3) Em havendo concurso de pessoas, estaremos diante de co-autoria ou de participação?

4) Caso o fato não possa ser responsabilizado penalmente, qual a fundamentação que arrima tal situação (atipicidade do fato, exclusão da culpabilidade etc.)?

Desde o princípio, foram lançadas **três hipóteses**, as quais, aparentemente, foram confirmadas pelos posicionamentos doutrinários acima apontados:

1) haverá apenas a responsabilização extrapenal;

2) haverá a responsabilização penal a título de concurso de pessoas (co-autoria ou participação); e

---

<sup>301</sup> Nélson HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, t. I, p. 423.

3) haverá responsabilização penal a título de autoria colateral.

#### 4.4 PROBLEMAS PRÁTICOS RELEVANTES

Para chegar à conclusão mais abalizada, tomem-se os exemplos seguintes, que ajudarão a enxergar os reflexos de uma ou outra posição.

**Exemplo 1:** um policial rodoviário, responsável pela preservação da ordem pública em determinada rodovia, embora veja um animal morto no acostamento, deixa de providenciar a remoção da carcaça do animal, negligenciando em seu dever. Durante a noite, um veículo que trafegava na rodovia precisa parar no acostamento, decidindo fazê-lo justamente onde a carcaça repousa. Ao ver o obstáculo, o motorista retoma o curso da faixa de rolamento e atinge uma pessoa que conduzia uma motocicleta, vindo esta a falecer;

**Exemplo 2:** um policial militar, no seu período de ronda, encontra um grupo de furtadores, os quais não o vêem, decidindo o militar do Estado continuar sua ronda normalmente, sem intervir para impedir o resultado do delito patrimonial;

**Exemplo 3:** uma enfermeira, durante seu plantão noturno em um berçário, observa passivamente a mãe estrangular seu filho, recém-nascido, até a morte, sob o estado puerperal;

**Exemplo 4:** um policial (A) faz patrulhamento durante seu turno de serviço e seu companheiro de guarnição (B), ao ver uma mulher muito bonita, decide estuprá-la dentro da viatura, quedando-se (A) inerte, embora não tenha agido na execução do estupro;

**Exemplo 5:** um policial militar assiste passivamente seu companheiro de guarnição executar um desafeto durante o turno de serviço.

Imagine-se que, em todos os casos enumerados, havia concreta possibilidade de atuação dos garantidores, que também conheciam a direção da ação que omitiram no sentido de impedir o resultado.

## **4.5 A CONSEQÜÊNCIA DA ADOÇÃO DAS VERTENTES NOS PROBLEMAS PRÁTICOS**

### **4.5.1 Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como co-autoria dos vários concorrentes (a visão de Cezar Roberto Bitencourt)**

Na adoção pura de Cezar Roberto Bitencourt, partindo-se do pressuposto de que a participação, pela eleição do finalismo como sistema reitor, sempre há de ser dolosa (vide subitem 3.1.4), e compreendendo-se que a co-autoria exigiria o liame subjetivo, aqui não presente, não existiria concurso no primeiro exemplo, mas a autoria colateral em delito culposo.

No segundo exemplo, como todos causaram o resultado, o policial por omissão lesando seu dever jurídico, e o grupo por ação, ao furtar, haveria co-autoria no delito patrimonial.

A mesma compreensão deveria ser dada ao terceiro exemplo, já que a enfermeira omitiu-se, contrariamente ao seu dever, enquanto a mãe agiu para asfixiar o recém-nascido. Ambas responderiam por infanticídio, em co-autoria, dada a comunicação das elementares (“mãe”, em contraposição à expressão “próprio filho”, e “estado puerperal”) do tipo penal.

Também haveria co-autoria no caso do policial estuprador (exemplo 4) e do outro que passivamente assistiu ao companheiro de guarnição executar alguém (exemplo 5), pelas mesmas razões que as consignadas para os exemplos 2 e 3.

#### **4.5.2 Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como autoria colateral (a visão de Juarez Tavares e de Nilo Batista)**

Pelo viés da impossibilidade de concurso de pessoas em crime omissivo, a situação seria diversa.

Nos exemplos 1, 2, 4 e 5, haveria a autoria colateral, cada um respondendo autonomamente. Uns estariam diretamente na linha de responsabilização por ação. Outros, os garantidores, responderiam em função da omissão penalmente relevante, mas sem a conjugação do concurso de pessoas.

A maior complicação, no entanto, dar-se-ia no caso do exemplo 3. Aqui, também, haveria autoria colateral; todavia, a enfermeira não responderia pelo infanticídio, mas pelo homicídio, já que a ausência do concurso de pessoas impediria a comunicação das elementares típicas capazes de torná-la (a enfermeira) possível sujeito ativo do delito capitulado no art. 123 do Código Penal.

#### **4.5.3 Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como participação por omissão sem especial atenção ao liame subjetivo (a visão de Juarez Cirino dos Santos e de Guilherme de Souza Nucci)**

Tomando-se por acertada a visão de participação por omissão, sem o detalhamento do liame subjetivo, no exemplo 1, pelas mesmas razões indicadas no subitem 4.5.1 suso, a hipótese seria de autoria co-lateral.

Nos demais exemplos, ter-se-iam hipóteses de participação, em que o garantidor, por sua omissão lesadora do dever de ação, concorre de forma adjacente para o fato principal, configurando-se, assim, a participação.

#### **4.5.4 Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como fato irrelevante penalmente**

Caso entenda-se que a omissão do garantidor será sempre fato irrelevante penalmente, o que não encontra guarida em nenhuma das legislações avaliadas, os exemplos 1, 2, 4 e 5 importariam em responsabilização autônoma (autoria colateral), mas não com a responsabilização do garantidor pelo fato principal, em razão da regra da omissão penalmente relevante, e sim por delito autônomo, como a prevaricação (art. 319 do CP e do CPM), isso se demonstrado o elemento subjetivo do injusto (para satisfazer “interesse ou sentimento pessoal”).

No exemplo 3, não restaria responsabilidade penal para a enfermeira, equiparando-se sua conduta à mera convivência.

#### **4.5.5 Omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro como participação por omissão com especial atenção ao liame subjetivo (a visão de Néelson Hungria e de Edgard Magalhães Noronha)**

Por fim, pela visão que privilegia o estudo do liame subjetivo, as soluções poderiam ser diversas.

O exemplo 1, assim como nos casos acima, não poderia redundar em conclusão pela co-delinquência, porquanto ausente a consciência de cooperar, de colaborar, no fato principal. A solução seria a autoria co-lateral, respondendo o motorista por homicídio culposo em comissão culposa (se demonstrada sua culpa, obviamente), enquanto o policial rodoviário responderia por homicídio culposo, tendo em foco a omissão penalmente relevante que, legalmente, não escolhe se a omissão deve ser dolosa ou culposa.

No exemplo 2, não há que se falar em concurso de pessoas, porquanto ausente o liame subjetivo necessário. Não houve, nas acima citadas palavras de

Hungria, “a vontade de aderir à prática do crime”, “o vínculo psicológico que faz inserir a vontade individual na vontade coletiva”. A hipótese seria de autoria colateral ou de irresponsabilidade penal do garantidor. Autoria colateral se demonstrado, por exemplo, o sentimento (ou interesse) pessoal almejado pelo garantidor, havendo hipótese de delito diverso (prevaricação). Caso não demonstrado esse elemento subjetivo (ou qualquer outro que preencha tipo penal específico), haveria a simples responsabilização disciplinar.

Do mesmo modo, no exemplo da enfermeira também estaria ausente o liame subjetivo, sendo impossível o concurso. No caso em espécie, deveria ela responder por homicídio, dada sua omissão penalmente relevante.

Nos exemplos 4 e 5, parece claro que a presença física do garantidor, no ato praticado pelo autor, transforma a vontade de omissão individual em vontade coletiva, no sentido de atingir o resultado (estupro e homicídio). Haverá o concurso e os garantidores serão partícipes dos delitos executados.

#### **4.6 PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO EM SINTONIA COM O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: TOMADA DE POSIÇÃO**

Como se viu, as várias vertentes acima possuem soluções que destoam de uma linha coerente de raciocínio, havendo até mesmo a dificuldade de enquadramento de casos concretos.

Há que se buscar, portanto, construção mais segura, que propicie a justa solução para as questões, sem que se olvide do princípio da culpabilidade, principalmente em sua vertente que combate a responsabilidade penal objetiva.

Providencial, neste ponto, resgatar a lição de André Vinicius de Almeida, que muito bem consignou em seu trabalho de conclusão de mestrado que, em atenção aos postulados do princípio da culpabilidade, “repudia-se qualquer manifestação do *versari in re illicita*, consistente na hipótese daquele que, fazendo

algo não permitido, por puro acidente causa um resultado antijurídico, sem que este possa ser considerado com o causado ao menos culposamente (responsabilidade objetiva). Afasta-se igualmente a responsabilidade pelo fato de outrem”<sup>302</sup>.

A propósito do *versari in re illicita*, Zaffaroni e Pierangeli assentam que sempre “que se pretende violar o princípio do *nullum crimen sine culpa*, apela-se ao malfadado ‘*versari in re illicita*’. Segundo o princípio *versari in re illicita*, ‘é conceituado autor aquele que fazendo algo não permitido, por puro acidente causa um resultado antijurídico’ (Kollmann). Conforme o princípio *versari in re illicita*, o autor de um furto deveria ser responsabilizado pela morte do dono do negócio, ocorrida em conseqüência de uma parada cardíaca sofrida ao tomar conhecimento do fato delituoso em seu estabelecimento; o marido que abandona o lar deveria ser responsabilizado pelo suicídio da mulher; aquele que furta um extintor, pelo dano causado por um incêndio que sobrevém um ano depois; aquele que se apodera do combustível de um veículo, pelo roubo de que é vítima o seu dono quando procura abastecimento. Deduz-se destes exemplos a flagrante violação ao *nullum crimen sine culpa*, isto é, que o *versari in re illicita* é a mais corrente manifestação de responsabilidade penal objetiva”<sup>303</sup>.

As objeções de Zaffaroni e Pierangeli, nada mais são do que a busca da imputação razoável, proporcional, ligada ao injusto pessoal e não por uma simples previsão legal funcionalista, que, em nome dos fins colimados para o Direito penal, tem na norma o vetor máximo, senão único, de interpretação. Não há como afastar-se essa mesma compreensão da análise da omissão do garantidor em ato praticado por terceiro.

Não se pode, em conclusão, responsabilizar alguém apenas pela constatação da causalidade (física ou normativa), sem a íntima investigação da conformação subjetiva do fato.

Dessarte, propõe-se um giro na interpretação da omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro, que terá por eixo o liame subjetivo, o qual deverá

---

<sup>302</sup> André Vinicius Espírito Santo de ALMEIDA. *Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais), p. 21.

<sup>303</sup> Eugenio RAÚL ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 526.

ganhar a concepção, mesmo na participação, de liame subjetivo bilateral, em perfeita sintonia com o princípio da culpabilidade.

A visão de Hungria, partilhada por Magalhães Noronha, embora tenha uma busca maior no sentido de atender ao princípio da culpabilidade, peca pela falta de objetividade na investigação, bem como por olvidar-se, por vezes, do sentido do *nullum crimen sine culpa*. Em outros termos, como saber, de forma mais segura, se houve a vontade de cooperar no fato principal, como verificar se a vontade individual aderiu a uma vontade coletiva?

A resposta a essa indagação parece encontrar sua melhor conformação na exigência de um liame subjetivo bilateral, em que o autor do fato principal, mesmo sabendo que o garantidor pode impedir sua ação delituosa, a desencadeia tranquilamente, por permissibilidade do omitente. O autor, enxerga no garantidor quase um cúmplice a dar-lhe a tranqüilidade de execução por um apoio presencial. É essa a essência que deve ser alcançada ou, de outra forma, com uma omissão do garantidor a distância, sem interferência psicológica no autor, não se pode reconhecer a hipótese de concurso de pessoas.

Com a visão que se propõe, as hipóteses enumeradas na introdução podem coexistir, ou seja, na omissão do garantidor em ato delituoso de terceiro, pode ocorrer hipótese de concurso de pessoas, pela participação, pode ocorrer autoria colateral e pode haver situação de irrelevância penal, ficando apenas a repressão a cargo do Direito disciplinar.

As soluções para os casos enumerados seriam muito próximas àquelas com base na visão de Hungria, porém com mais segurança.

O exemplo 1, pela interferência do princípio da culpabilidade, deveria levar a uma investigação de elementos outros para a responsabilização do policial rodoviário. Assim, se a carcaça do animal ficou por três dias, inviável e desproporcional imputar o fato conseqüente ao garantidor, resolvendo-se a questão apenas no plano do Direito disciplinar, em atenção ao caráter subsidiário do Direito Penal. Claro que há ainda muita fluidez na concepção de responsabilização por fato recente, imediatamente verificado após a omissão do garantidor, e não

responsabilização por evento mediato, mas a construção que aqui se faz já é um passo a mais no sentido de rechaçar a responsabilidade penal objetiva.

No exemplo 2, não cabe falar em concurso de pessoas, porquanto ausente o **liame subjetivo bilateral** necessário. O atuar dos furtadores não compreendeu a omissão do garantidor, não havendo a reciprocidade aqui proposta como elemento identificador do liame entre consortes. A solução, semelhante à de Hungria, porém mais objetiva, seria o reconhecimento de autoria colateral ou de irresponsabilidade penal do garantidor, resolvendo-se no âmbito disciplinar.

No exemplo da enfermeira, também pela falta de liame subjetivo bilateral, afastar-se-ia a hipótese de concurso (não havendo, portanto, a comunicação das elementares), respondendo a mãe pelo infanticídio e, em primeira análise, a enfermeira por homicídio. Essa solução, no entanto, é extremamente desmedida quando comparada à possibilidade de a enfermeira estar presente e ser vista pela mãe no momento da ação, dando-lhe conforto para atuar. Nessa situação, aplicando-se a fórmula pura, ambas, mãe e enfermeira, responderiam pelo infanticídio. Assim, muito menos grave seria a enfermeira assistir e ser vista, anuindo ao delito, que esconder-se sorratamente sem incentivá-lo. Obviamente, aqui a fórmula deve ser temperada pela proporcionalidade em plena conjugação com a culpabilidade, resolvendo-se o problema, para a enfermeira e apenas na segunda hipótese, no campo disciplinar.

Nos exemplos 4 e 5, a presença física do garantidor no momento da ação do autor conecta as vontades de ambos, gerando o vínculo subjetivo recíproco que aqui se propõe. Haveria o caso. Haverá o concurso e os garantidores serão partícipes dos delitos executados (estupro e homicídio).

As construções acima consignadas, embora possam não ser hermeticamente perfeitas, posto estarem suscetíveis de ataques, parecem as mais adequadas na busca da justa responsabilização penal, em conformidade com os princípios reitores do Direito penal no Estado Democrático de Direito.

# CONCLUSÃO

O Direito penal vive uma constante relação dialética entre a prevenção geral, marcada pelos novos desafios da pós-modernidade, e a necessidade de assegurar garantias aos cidadãos.

Essa dialeticidade, enxergada por alguns como uma crise, constitui-se exatamente na mola propulsora do desenvolvimento do Direito penal, desenvolvimento esse que encontra no conceito analítico de crime sua acepção máxima.

Várias idéias a esse respeito surgiram ao longo dos tempos, sendo condensadas em uma regra reitora única, de modo a configurar um sistema. Os sistemas, inicialmente, buscaram sob o signo da causalidade, influenciados por uma corrente naturalista vigente à época, compreender a essência do delito, em um notável esforço ontológico. Essa vertente ontológica encontrou seu ápice pelo estudo da ação finalista que, partindo da aceitação de estruturas lógico-objetivas, tinha na ação o centro do fato punível.

Na metade do século XX, no entanto, surge na Alemanha uma retomada normativista que gira a compreensão do delito no sentido de que não existem estruturas pré-jurídicas a serem consideradas no estudo do delito, mas este deve ser formatado de acordo com os fins do Direito penal, surgindo, assim, as visões funcionalistas.

O funcionalismo, malgrado sua reconhecida utilidade pontual na discussão de alguns tópicos do Direito penal, como a necessidade de um esquema objetivo de imputação, que não seja apenas guiado pela causalidade física, não pode ser eleito para a discussão de problemas fulcrais do Direito penal, dada sua instabilidade em razão do subjetivismo que órbita a conclusão acerca das finalidades da pena e do Direito penal em si.

No Brasil, embora eleito o finalismo como sistema reitor do estudo contemporâneo, há uma dicotomia de sistemas, sobrevivendo, além da teoria da ação final, o causalismo no Código Penal Militar, não atingido pela reforma penal de

1984. Apesar disso, firma-se ser perfeitamente possível aplicar dogmas finalistas em um sistema causalista, em esforço necessário para atender-se ao princípio reitor da culpabilidade, de motes constitucionais inarredável no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a discussão da responsabilização penal ou não de uma pessoa dotada de dever especial de ação (garantidor) que se omite em face de uma ação delitiva de terceiro ganha relevo, devendo-se averiguar, primeiro, se deve haver responsabilização penal e, segundo, em que moldes esta ocorrerá se for existente.

Resume-se, então, investigar se aquele que se abstém de uma ação determinada, tendo a capacidade concreta de atuação, e conhecendo os meios e a possibilidade de impedir o resultado de um ato praticado por um terceiro, deve sofrer o peso da responsabilização criminal.

Observando-se os requisitos do concurso de pessoas, a grande maioria da doutrina pátria postula em favor de uma participação por omissão, com suas conseqüências correlatas. Nesses elementos, deve-se dar destaque ao liame subjetivo, que majoritariamente pode instalar-se de forma unilateral.

Contudo, parece que a solução não pode afigurar-se em abstrato, mas apenas no caso concreto, averiguando-se exatamente qual a posição do garantidor e, principalmente, qual a conotação do liame subjetivo instalado.

Em consonância com o princípio da culpabilidade e propondo-se uma nova compreensão dos elementos do *concursum delinquentium*, segundo a qual o liame entre os consortes deve ser recíproco, conclui-se que três possibilidades podem ocorrer na responsabilização do garantidor.

Haverá casos, devidamente exemplificados, em que será impossível reconhecer o concurso pela inexistência de liame subjetivo bilateral, restando uma responsabilização penal por autoria colateral. Outros casos existirão em que sequer a responsabilização autônoma será possível, pela ausência de elementos que indiquem um crime diverso do fato principal ou pela proporcional aplicação do Direito penal. Por fim, será sim possível uma participação por omissão, mas apenas quando

o liame subjetivo verificado tiver correspondência entre os consortes, ou seja, torne-se bilateral, recíproco.

As soluções aduzidas fora da estrutura proposta mostrar-se-ão muito subjetivas e de difícil demonstração prática, muitas vezes atentando contra o princípio *nullum crimen sine culpa*.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, André Vinicius Espírito Santo de. *Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006 (Dissertação de Mestrado em Direito Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

\_\_\_\_\_ *O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução para a Língua Portuguesa da 2 ed. espanhola de André Estefam São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_ *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução para a Língua Portuguesa de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral – Tomo I*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CICCO, Cláudio de. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRITELLI, Dulce Mara. *Analítica do Sentido: Uma Aproximação e Interpretação do Real de Orientação Fenomenológica*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DELMANTO, Celso et. alii. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ESTEFAM, André. *Temas de Direito Penal e Processo Penal para Concursos*. São Paulo: Ed. Paloma, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*. São Paulo: RT, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o Estado Atual da Dogmática Jurídico-penal na Alemanha*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 58. Tradução para a Língua Portuguesa de Luís Greco. São Paulo: RT, 2006.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Tradução para o Espanhol de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução para a Língua Portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. 5 ed. Tradução para o Espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUNIOR, Lúcio Antônio Chamon. *Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

JUNIOR, Oswaldo Giacoia. *Pequeno Dicionário de Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Tradução para o Espanhol de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução para a Língua Portuguesa de Marcos Keel e de Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução para a Língua Portuguesa de José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Russell, 2003, t. I.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução para a Língua Portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_ *Sociologia do Direito II*. Tradução para a Língua Portuguesa de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MAGGE, Bryan. *História da Filosofia*. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 7-8.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

\_\_\_\_\_ *A Autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato*. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, abr. 2001.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Libro de Estúdio. Parte General*. Tradução para o Espanhol de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería “El Foro”, sem data de publicação aparente, t. I.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 7 ed. Buenos Aires: Julio César Faire Editor, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini MIRABETE. *Manual de Direito Penal*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 1.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introdução à Obra de Günther Jakobs. In Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução para a Língua Portuguesa de Juarez Tavarez e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 202.

NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: 2005, vol. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs*. Tradução para a Língua Portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

PUGLIESI, Marcio. *Por uma Teoria do Direito: Aspectos Micro-sistêmicos*. São Paulo: RCS, 2005.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: RT, 2001.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal – Parte General*. Tradução para o Espanhol e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, t.I.

\_\_\_\_\_ *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_ *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução para a Língua Portuguesa de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3 ed. Lisboa: Veja, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SERRA, Teresa. *Problema do Erro sobre a Ilícitude*. Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2002.

\_\_\_\_\_ *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*. 2 ed. Montevideú: Júlio César Faire Editor, 2003.

\_\_\_\_\_ *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. Tradução para a Língua Portuguesa de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TAVAREZ, Juarez. *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TRUYOL Y SERRA, António. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. 7 ed. Tradução para a Língua Portuguesa da 7ª edição espanhola por Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1985, vol. 1.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 4 ed. Tradução para a Língua Espanhola da 11 ed. em Língua Alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

\_\_\_\_\_ *O Novo Sistema Jurídico-penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.