

Considerações introdutórias sobre a comunicabilidade das circunstâncias pessoais no concurso de agentes (artigo 30 do CP)

Introductory considerations on the communicability of personal circumstances in the complicity (article 30, Brazilian Penal Code)

Rodrigo Amaral 

Resumo: Este artigo analisa a comunicabilidade das circunstâncias pessoais no concurso de agentes, conforme o art. 30 do Código Penal. A discussão foca, primeiramente, na polissemia do termo “crime” e na necessidade de interpretar “elementares do crime” como elementos do injusto penal (tipicidade e antijuridicidade). Propõe-se a adoção de um conceito restritivo de autoria, com a distinção de autores de partícipes, em respeito aos princípios da legalidade e da culpabilidade. Contesta-se a incomunicabilidade absoluta de condições personalíssimas, defendendo-se que essa distinção não possui respaldo legal. Nos chamados *delicta excepta*, a comunicabilidade dependerá da correta identificação da norma violada; já, nos crimes especiais, o *intraneus* é o único que pode violar diretamente a norma do tipo penal, enquanto o *extraneus* atua como partícipe. Conclui-se que a comunicação das circunstâncias pessoais exige conhecimento prévio pelo agente e que a identificação da norma de conduta violada é essencial para definir a imputação.

Palavras-chave: concurso de agentes; autoria; participação; comunicabilidade das circunstâncias pessoais.

Abstract: This article examines the communicability of personal circumstances in cases of complicity, as provided in article 30 of the Brazilian Penal Code. The discussion begins by addressing the polysemy of the term “crime” and emphasizes the need to interpret “elements of the crime” as components of the wrongful act, comprising both typicity and unlawfulness. The article advocates for a restrictive concept of perpetration, distinguishing perpetrators from accessories, in adherence to the principles of legality and culpability. It disputes the absolute non-communicability of strictly personal conditions, arguing that such a distinction lacks statutory support. In the so-called *delicta excepta*, communicability hinges on the accurate identification of the violated norm; in special offenses, only the *intraneus* can directly breach the legal provision defining the offense, while the *extraneus* operates as an accessory. The article concludes that the communicability of personal circumstances requires the agent’s prior knowledge and that determining culpability depends on correctly identifying the norm of conduct violated.

Keywords: complicity; perpetratorship; accessory; communicability of personal circumstances.

Sumário: Introdução; 1 “Elementares do crime”?; 2 Em defesa de um conceito restritivo de autoria; 3 Incomunicabilidade de condições personalíssimas?; 4 Identificação da norma violada como critério de imputação nos crimes especiais; Considerações finais; Referências.

Introdução

“Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Com essas palavras, o art. 30 do Código Penal (CP) regula a comunicabilidade das circunstâncias pessoais nos casos de concurso de agentes. É dizer: circunstâncias referentes a um dos concorrentes para um fato criminoso somente são consideradas, para a imputação do delito e da pena dos demais, se “elementares do crime”.

Em que pese a redação do dispositivo citado ser de aparente simplicidade, o tema é objeto de dúvidas e nuances que precisam ser esclarecidas. Com isso em vista, o presente artigo tem como objeto analisar algumas dessas questões, na seguinte ordem: verificar o que significa a expressão “elementares do crime” (1); defender brevemente um conceito restritivo de autoria (2); analisar a posição dominante acerca da incomunicabilidade das chamadas *condições personalíssimas* (3); tecer algumas considerações sobre os delitos especiais (4).

1 “Elementares do crime”?

Aparentemente, a doutrina majoritária vem ignorando o problema da polissemia do termo “crime” e alguns problemas que ora decorrem diretamente disso, ora surgem em concomitância com a simplicidade da redação do dispositivo. *Ab initio*, podem-se citar ao menos três significados viáveis: a um, é possível que se refira ao crime em seu *conceito analítico*, isto é, na qualidade da *conduta típica, antijurídica e culpável*; a dois, pode-se falar em crime em um sentido mais genérico, relacionado à esfera do que o leigo concebe, isto é, no sentido de espécies de crime, o que levaria à conclusão de estar-se falando, *in casu*, de *elementos do tipo penal*; por fim, pode-se conceber o termo como *injusto penal*, isto é, da *conduta típica e antijurídica*.

Compreendendo-se a lei como uma *unidade lógica*, pode-se buscar a via da linguagem para investigar a melhor solução. Por exemplo, quando o Código Penal fala de normas exculpantes, em geral utiliza o termo *isenção de pena* ou *punibilidade*. Alguns exemplos: no erro de proibição (art. 21 do CP), na coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP) e na inimputabilidade (art. 26 do CP).

Entretanto, essa tendência não é absoluta: nas chamadas descriminantes putativas, por exemplo, o legislador utiliza o termo “isento de pena”. Todavia, ao inserir o instituto no dispositivo do erro de tipo e prever a punição por crime culposos nos erros evitáveis, não faz sentido falar de outra solução senão na repercussão da categoria no exame de tipicidade. A própria “coação irresistível” do art. 22 do CP é tratada de forma genérica, o que indica ali englobar tanto os casos de coação física quanto moral. Acerca disso, sabe-se que, no caso da primeira, em se tratando de *vis absoluta*, sequer pode haver conduta perpetrada pelo coagido; na segunda, por outro lado, tem-se um caso de exculpação. Já quanto ao instituto do crime impossível (art. 17 do CP), em que novamente se fala de punibilidade, não é facilmente identificável pela via da linguagem se o legislador quis tratar como caso de atipicidade ou como opção político-criminal que somente afasta a punibilidade da tentativa nas circunstâncias ali expostas.

A culpabilidade como terceiro nível do conceito analítico de crime joga luz ao indivíduo, tendo como base a ideia de reprovabilidade ou censurabilidade individual. Quem age sob coação moral irresistível pratica um injusto pelo qual o ordenamento jurídico não pode censurar individualmente, assim como não se censura com a mesma intensidade quem pratica o injusto sob a pressão de uma coação moral resistível. Essa é a lógica das causas de exculpação, que, por essa natureza, são absolutamente individuais e, portanto, incomunicáveis entre os diversos concorrentes.

Por exemplo: não faria sentido, em um concurso de agentes em que um dos integrantes está sob coação moral ou erro de proibição, que essas circunstâncias fossem comunicadas aos concorrentes que não estão sob as mesmas condições. Do mesmo modo é a inimputabilidade: em uma situação em que um dos concorrentes tem idade inferior a 18 anos, não faz sentido que os demais agentes sejam agraciados com essa exculpante. Inclusive, para este último caso, o ordenamento jurídico prevê um delito autônomo para os demais concorrentes: o de corrupção de menores (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Desse modo, sobram duas opções plausíveis: interpretar o termo “elementares do crime” como elementos constitutivos do tipo penal ou como elementos do injusto penal (tipo + antijuridicidade). Sob o aspecto da linguagem empreendida pelo Código Penal, o legislador, quando quis falar de elementos do tipo penal, quase sempre dispôs expressamente. Basta, para isso, analisar o diploma do erro de tipo, previsto no art. 20 do CP: “O erro sobre *elemento constitutivo do tipo legal de crime* exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Por outro lado, fica bastante claro que o legislador, ao falar das causas justificantes, utiliza o termo “crime”. Mais especificamente, o art. 23 do CP diz que, quando na presença das causas justificantes por ele enumeradas, “não há crime” praticado pelo agente. Desse modo, a partir de uma tentativa de *aproximação por coerência*, pode-se partir do pressuposto de que ao menos faz sentido considerar o termo “elementares do crime” do art. 30 do CP no sentido de *elementos do injusto penal*.

Entretanto, a opinião dominante, ignorando essa polissemia, trata o termo “elementares do crime” como *elementos do tipo penal*¹ sem expor maiores dificuldades². Talvez, aqui, o diferencial esteja não no que é “crime”, mas justamente no uso do termo “elementares”. A palavra *elementar* é comumente empregada para referir-se àquilo que uma categoria tem de básico, essencial³. Neste contexto, de fato pode fazer sentido que a essência de um crime esteja nos elementos descritos no seu tipo penal.

Hungria⁴, ao tratar do tema, aduz que a regra da incomunicabilidade cessa quando as circunstâncias pessoais “entram na própria noção de crime”. Essa definição, *prima facie*, não responde ao problema. É nos exemplos dados que se pode intuir que ele se referia somente a elementos do tipo legal: as circunstâncias qualificadoras do homicídio e a condição de funcionário público no peculato. Até mesmo para falar das condições personalíssimas não abrangidas por tal comunicabilidade, o exemplo adotado pelo autor é o da influência do estado puerperal no infanticídio, outro elemento do tipo penal. Dessa forma, é seguro afirmar que o autor aderiu à corrente que hoje é amplamente dominante: que o atual art. 30 do CP se refere a elementos do tipo penal.

É preciso resolver essa aparente tensão entre a tendência exposta pelos termos adotados pelo CP e a opinião dominante. Talvez, aqui, um recurso à *razoabilidade da solução de casos hipotéticos* seja um bom ponto de partida.

1 Veja-se o exemplo de ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* PG II, II, p. 483-486, que dedicam um importante espaço para definir o que significam *circunstâncias e condições de caráter pessoal*, presumindo que “elementares do crime” equivale a “elementos do tipo legal”.

2 Por exemplo: MARTINELLI/BEM, *Lições fundamentais de direito penal* PG, p. 857; PASCHOAL, *Código Penal comentado*, p. 144; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 372; SOUZA/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 282.

3 V.g., “Básico, essencial, fundamental”. *Dicionários Michaelis online*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/elementar/>. Acesso em: 9 out. 2024. Além disso, veja-se uma curiosa definição de outro dicionário: “[Jurídico] Situação, ação ou fato, que pertence à definição legal de um delito” *Dicio* (Dicionário *online* de português). Disponível em: <https://www.dicio.com.br/elementar>. Acesso em: 9 out. 2024.

4 HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal* I, II, p. 436-438.

Imagine-se, por exemplo, o caso de um agente público que foi incumbido com a tarefa de cumprir um mandado de busca e apreensão em um determinado apartamento. Lá chegando, foi informado pelo porteiro do prédio que o morador da unidade respectiva estava em casa. Entretanto, ao tocar a campainha, não foi atendido. Ato contínuo, o porteiro informa que o indivíduo deixa uma chave reserva embaixo do tapete que se situa em frente à porta de entrada. O agente público utiliza a chave, praticando o tipo legal de violação de domicílio (art. 150 do CP), mas sob a causa justificante do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CP). Nesse caso, o porteiro, que não tinha o especial dever legal, auxiliou o agente público a praticar uma conduta típica, mas justificada. Não seria de se comunicar essa circunstância ao porteiro?

Seria possível replicar no sentido de que o porteiro não praticou o verbo contido no tipo penal, que a norma que estende a punibilidade ao partícipe – o art. 29 do CP – fala em concorrência para o crime, e não para o tipo penal. Além disso, poder-se-ia adicionar que o art. 31 do CP estabelece a regra da *acessoriedade limitada da participação*, o que significa dizer, em resumo, que um ato de participação como aquele do exemplo do porteiro só seria punível se a conduta principal – no exemplo, a do agente público – constituísse um injusto penal, o que não era o caso. Desse modo, a opinião dominante ainda pode resistir a este primeiro exemplo.

No entanto, é possível alterar o caso. E se o porteiro do citado caso hipotético, em vez de limitar-se a informar ao agente público sobre a existência de uma chave, na realidade, “auxilia-o” arrombando a porta de entrada do apartamento? Suponha-se que o porteiro somente realiza o arrombamento e depois retorna à portaria, deixando que o agente público adentre sozinho no imóvel para o cumprimento do mandado. Aqui, haveria, no mínimo, a prática do delito de dano (art. 163 do CP), *na qualidade de autor*, pelo porteiro. Aqui, o recurso ao art. 31 do CP não é possível para isentar o porteiro de pena; afinal, a regra é destinada aos partícipes do delito, não aos autores⁵⁶. Desse modo, uma pergunta torna-se imperativa: A qualidade de funcionário público detentor do dever legal deve ser comunicada ao porteiro para incidir a causa justificante do art. 23, III, do CP? *Prima facie*, uma resposta positiva aparenta ser razoável.

5 Nesse sentido, por exemplo, MARTINELLI/BEM, *Lições fundamentais de direito penal* PG, p. 853.

6 Diversamente, CAMARGO, *Código Penal comentado*, p. 166 e ss., que defende, com base numa teoria formal-objetiva, que a cláusula contempla, também, a autoria mediata e a coautoria, e não somente os casos de participação.

Todavia, um defensor da concepção tradicional teria um possível argumento a seu favor: abstratamente, os elementos da justificação seriam aplicáveis a todos os crimes, de modo que as diferenças entre as diversas espécies de crime residem justamente nos elementos de cada tipo penal. Entretanto, esse argumento, razoável a uma primeira vista, ignora a natureza das normas contidas na parte geral. Estas não dizem respeito a todos os tipos de delito indiscriminadamente. Veja-se o simples exemplo da regra da causalidade, que somente faz sentido para os crimes de resultado; a mesma coisa ocorre para a teoria da imputação objetiva (ao menos na sua fórmula global geral, consistente na criação de um risco desaprovado e a realização deste no resultado). Ademais, há muitas causas de justificação que já aparentam, em abstrato, possuir alguma incompatibilidade com certos delitos: Seria possível praticar o delito de estupro (art. 213 do CP) em legítima defesa? Ou realizar ato de corrupção passiva (art. 317 do CP) no estrito cumprimento do dever legal? Existe um exercício regular de direito para o tráfico de pessoas (art. 149-A do CP)? Em resumo: uma norma ser de parte geral significa que ela é aplicável para uma certa quantidade de delitos, mas não necessariamente para todos.

Além disso, esse argumento teria mais força se o art. 30 do CP tratasse somente de casos em que é necessário definir um conflito de leis. Por exemplo, a já conhecida hipótese do agente público que subtrai bem público em concurso com um indivíduo que não possui essa qualidade. A questão, aqui, seria definir se o *extraneus* praticou os delitos de peculato-subtração (art. 312, § 1º, do CP) ou furto (art. 155 do CP). Entretanto, a redação do art. 30 do CP não possui nenhuma ordem de limitação a casos dessa natureza. Como a redação do dispositivo nada diz sobre isso, aduzir que essa seria justamente a questão para argumentar a favor da tese de que “elementares do crime” diriam respeito aos elementos do tipo constituiria uma petição de princípio. Afinal, a consequência da tese contrária seria justamente a inversa – isto é, em vez de decidir pela imputação por um tipo ou outro, poder-se-ia definir se uma conduta típica estaria ou não justificada – e, portanto, estar-se-ia utilizando a conclusão do argumento – de que o instituto serviria somente para resolver o concurso de leis – como seu fundamento, o que equivale a pressupor o seu acerto.

Como balanço provisório, portanto, tem-se que dois fatores até agora advogam a favor da interpretação de “elementares do crime” como elementos constitutivos do injusto penal: o *argumento de coerência* acerca dos termos adotados pelo CP e o *argumento indutivo* sobre a razoabilidade na resolução de casos hipotéticos. É possível ainda trazer pontos adicionais.

Primeiramente, a opção por restringir a comunicabilidade somente aos elementos do tipo penal parte de um pressuposto que até hoje é bastante colocado

em xeque⁷: o da distinção entre tipicidade e antijuridicidade como dois níveis autônomos entre si⁸. Desse modo, a prudência aqui já indicaria que a opção mais segura é a de considerar também as circunstâncias de justificação.

Além disso, abranger somente os elementos que integram o tipo legal equivale a comunicar somente circunstâncias desfavoráveis ao cidadão sem que boas razões para isso sejam dadas. Por que comunicar somente aquilo que irá onerar o agente, mas não aquelas circunstâncias pessoais do concorrente que justificam uma conduta descrita no tipo penal? Essa limitação não parece ter amparo em nenhum dispositivo legal.

Por essas razões, o trecho “elementares do crime” deve ser entendido como *elementos do injusto penal*.

2 Em defesa de um conceito restritivo de autoria

Uma adequada dogmática acerca da comunicabilidade das circunstâncias pessoais pressupõe, em primeiro lugar, um determinado conceito de autoria, o que, no Brasil, é tudo menos incontroverso. Se se adotasse um conceito unitário e extensivo de autor, como desejava Hungria⁹, todo contribuidor causal seria considerado autor e todos os causadores estariam violando a mesma norma de conduta.

Todas as críticas à adoção de um conceito extensivo de autor já estão devidamente postas¹⁰ e aqui serão brevemente reproduzidas. O conceito extensivo de autor, a rigor, leva à dissolução de todos os tipos penais, tendo em vista que os limites semânticos da tipicidade seriam tão ampliados que levariam à sua ruína. Afinal, qualquer pessoa que seja antecedente causal do resultado será considerada autora do fato, até mesmo, por exemplo, os pais de um homicida seriam autores do crime praticado por seu filho. Com isso, até mesmo o ato de conceber uma

7 Ao menos, desde Adolf Merkel e a *teoria dos elementos negativos do tipo* (cf. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 82), há um interminável debate sobre se a tipicidade e a antijuridicidade, na realidade, formariam um único nível na estrutura analítica do delito.

8 Há diversos escritos em defesa de uma concepção que une os níveis da tipicidade e da antijuridicidade, sobretudo a partir da concepção exposta na nota anterior. Entre eles, cito, sem pretensões de esgotamento: FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 247-255, especialmente a partir da p. 250; ENGISCH, *ZStW* 70, p. 566-615, 1958, especialmente p. 587; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 76-79; SCHÜNEMANN/GRECO, *GA* 153, p. 777-792.

9 HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal* I, II, p. 398 ss.

10 Por todos, cf. GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 49-53; SCHÜNEMANN, *RSCP* 8, p. 1-15; BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 34-35; CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas, passim*, em especial p. 120-127.

criança estaria contido na proibição de matar da norma que decorre do art. 121 do CP. Desse modo, o conceito extensivo de autor viola o princípio da legalidade penal, tendo em vista que destrói a função de garantia do tipo penal¹¹.

Desse modo, se se deseja levar a sério as exigências do *nullum crimen* e o tipo legal de delito como uma exigência necessária daquele, é preciso compreender que, v.g., matar alguém não equivale a causar a sua morte, assim como ofender a integridade corporal ou saúde de outrem não significa a simplesmente causá-la. A norma de comportamento decorrente do tipo penal é o primeiro critério para determinar a abrangência do mandado ou proibição ali contidos. A rigor, o tipo penal só descreve a conduta do seu autor. Para punir o partícipe, é necessário um dispositivo legal adicional que amplie a abrangência do tipo penal.

No caso brasileiro, o primeiro dispositivo que amplia o âmbito de incidência do tipo penal é o art. 29 do CP¹², cujo *caput* dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Essa redação, se, por um lado, não conceitua nem diferencia autoria e participação, tampouco manda que se tratem todos os concorrentes como autores; o leitor não encontrará, em nenhum lugar do Código, que todos os concorrentes de um delito deverão ser tratados como *autores*.

Pelo contrário: o CP determina diminuição de pena para os casos de “participação de menor importância” (art. 29, § 1º, do CP) e adota a teoria da acessoriedade da participação (art. 31 do CP). Desse modo, as disposições do próprio Código já indicam que é necessário diferenciar autoria de participação, em que pese não haver dispositivos diferenciando e conceituando as formas de concorrer para um delito.

Por essas razões, é imperativo tanto diferenciar autoria de participação quanto adotar um conceito restritivo de autoria, que tenha, na norma contida no tipo penal, o seu ponto de partida.

3 Incomunicabilidade de condições personalíssimas?

É conhecido o entendimento, que remonta a Hungria, no sentido de que *condições personalíssimas* seriam sempre comunicáveis¹³. O autor aduz que tais condições configurariam um privilégio previsto no tipo para o indivíduo que

11 Sobre a função de garantia do tipo penal, cf. ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 492.

12 Nesse sentido, CAMARGO, *Código Penal comentado*, p. 127.

13 HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal* I, II, p. 437-438.

detém tal característica. Seriam, assim, conceitualmente inextensíveis. Os exemplos: o estado puerperal do infanticídio (art. 123 do CP) e o elemento subjetivo especial (“para ocultar desonra própria”) do delito de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134 do CP).

Esse posicionamento, entretanto, não está isento de críticas. Há quem articule um argumento *a maiore ad minus*: se a comunicabilidade se aplica para o mais (agravar a situação jurídica do agente), também deveria ser utilizada para o menos (atenuá-la)¹⁴. Diz-se, também, que o Código não distingue entre circunstâncias pessoais e personalíssimas, de modo que utilizar uma tal distinção para piorar a situação do acusado seria uma burla de etiquetas violadoras do princípio da legalidade penal, por configurar analogia *in malam partem*¹⁵.

A crítica aparenta ser, no essencial, correta. Uma distinção entre circunstâncias pessoais e personalíssimas nesse caso não utiliza nenhum critério senão a simples proposição segundo a qual tais circunstâncias seriam uma benesse do legislador para o detentor do predicado descrito no tipo. Todavia, o art. 30 do CP nada diz sobre isso. Desse modo, uma tal incomunicabilidade absoluta de tais circunstâncias seria, de fato, ilegítima.

Todavia, essa constatação ainda não resolve a questão. Em outras palavras, ainda não é possível dizer, por exemplo, que se deva concluir pela imputação por infanticídio em todos os casos de concurso de agentes envolvendo uma mulher em estado puerperal que resulte na morte de seu filho. Aqui, será fundamental identificar, em primeiro lugar, qual norma de conduta foi violada no caso concreto.

Quanto a isso, é possível identificar ao menos duas constelações de casos problemáticos. A primeira delas engloba os citados casos do infanticídio e da exposição ou do abandono de recém-nascido: são tipos penais cuja norma de comportamento está *in totum* englobada pela norma de outro tipo penal. Para ficar claro: a norma de conduta do infanticídio (“não mate o seu filho sob influência do estado puerperal”) está logicamente incluída na norma de conduta do homicídio (“não mate”). Pode-se visualizar a questão pensando em dois círculos concêntricos, sendo um interior ao outro: a zona de abrangência da norma do infanticídio está totalmente abarcada por outra zona maior, a da norma do homicídio. Isso significa que, do ponto de vista lógico, todo infanticídio é um homicídio, mas nem todo homicídio é um infanticídio.

14 Nesse sentido, PASCHOAL, *Código Penal comentado*, p. 144-145.

15 Assim, SOUZA/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 285.

Nesses casos, as circunstâncias pessoais previstas nos tipos aparentam operar como uma espécie de antecipação de elementos da culpabilidade. Nesse sentido, aduzir que tais condições personalíssimas constituiriam um privilégio nos chamados *delicta excepta* não está de todo equivocada. Todavia, isso não pode ser uma mera opção arbitrária do legislador, sobretudo em um ordenamento jurídico em que vige o princípio da isonomia. Fica bastante claro, portanto, que a *ratio essendi* desses delitos é que a presença de tais circunstâncias ou condições pessoais contidas nos tipos atenua a *exigibilidade de conduta diversa*.

Desse modo, estar sob a influência do estado puerperal, no infanticídio, ou ter o fim de ocultar desonra própria, na exposição ou no abandono de recém-nascido, são condições ou circunstâncias pessoais que reduzem a intensidade com a qual o ordenamento jurídico exigia que o agente se comportasse conforme a norma de conduta. Algo análogo ocorre com as causas de diminuição de pena (exemplo: art. 121, § 1º, do CP), cuja diferença reside na técnica legislativa: nos primeiros casos, há a redação de tipos penais autônomos; nos segundos, a causa de diminuição está subordinada a um tipo penal.

Assim, nos delitos sob análise, será fundamental, para a imputação, primeiramente definir a autoria. Afinal, em regra, quem viola a norma de conduta prevista no tipo penal é o autor do fato¹⁶. O partícipe violará somente a norma de conduta que surge com o dispositivo legal que estende a punibilidade (no caso do CP, o art. 29, *caput*)¹⁷. Assim, por exemplo, o partícipe do homicídio não viola a norma “não mate” do art. 121 do CP, mas alguma das normas referentes à participação no homicídio (“não auxilie outrem a matar” ou “não instigue outrem a matar”), que surgem com a conjugação dos arts. 29, *caput*, e 121 do CP.

Se, por exemplo, um indivíduo auxilia uma mulher em estado puerperal a matar o seu recém-nascido – *v.g.*, fornecendo-lhe a arma do crime –, a norma de conduta violada pela autora é a do art. 123 do CP. Seria ilegítimo punir, aqui, o partícipe por homicídio (art. 121 do CP) a pretexto de uma incomunicabilidade das circunstâncias ou condições personalíssimas. Simplesmente entregar um

16 Corretamente, nesse ponto, CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas*, p. 223: “[...] a autoria, enquanto categoria das regras de imputação, supõe a vinculação do sujeito à norma de comportamento, cuja violação imputável depende de que esteja em posição de realizar o conteúdo previsto pela norma e o faça de maneira contrária ao seu dever de observância”; no mesmo sentido, KINDHÄUSER, *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*, p. 187.

17 Nesse ponto correto, RENZIKOWSKI, *Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*, p. 101: “[...] o partícipe viola uma norma de comportamento diversa daquela violada por quem preenche o tipo”.

objeto a uma pessoa autorresponsável não está abarcado pela conduta proibida no art. 121 do CP (“matar alguém”); se assim o fosse, a entrega do instrumento já representaria o início da execução do homicídio, esvaziando, no fim das contas, o sentido da norma contida no art. 31 do CP. Desse modo, a norma por ele violada não foi a desse delito, mas sim a que proibia auxiliar no infanticídio praticado pela mãe (art. 29, *caput*, c/c art. 123, ambos do CP). Desse modo, no exemplo citado, ambos devem responder pelo mesmo delito: *in casu*, o do art. 123 do CP. E isso não porque a circunstância pessoal da autora estaria pura e simplesmente se comunicando ao partícipe, mas em razão da própria natureza acessória da participação: o autor não matou a vítima, somente prestou auxílio material à autora a fazê-lo.

Diferentemente será o caso da *coautoria*. Apesar da conhecida figura da *imputação recíproca*¹⁸, se a mãe do recém-nascido age sob influência do estado puerperal em coautoria¹⁹ com um terceiro, ambos não responderão pelo fato globalmente considerado, isto é, pela morte da vítima sob influência do estado puerperal, o que configuraria a ação global de infanticídio. A característica pessoal, aqui, por configurar meramente uma antecipação de elemento da culpabilidade, não é elemento constitutivo do injusto e, portanto, é personalíssima, não sendo, a rigor, comunicável. Como, no exemplo, o coautor não detentor da característica realiza, a rigor, o delito, ele viola diretamente a norma de conduta do art. 121 do CP.

A situação será semelhante quando a mulher em estado puerperal se limitar a atos de participação no delito de um terceiro. Exemplo: se ela instiga um terceiro a matar o bebê. O autor do fato, aqui, viola a norma de conduta decorrente do art. 121 do CP e por essa figura deve ser responsabilizado. Seguindo puramente a mesma lógica, violaria a mulher, portanto, a norma de conduta que proíbe instigar que outrem mate. Todavia, essa lógica, que opera no plano formal, deve ceder na presença de fortes razões de ordem material. Aqui, poder-se-ia simplesmente articular um argumento *a fortiori* no seguinte sentido: se uma mulher em estado puerperal que mata o seu filho recém-nascido faz jus ao infanticídio, hipótese benéfica quando comparada ao homicídio, não há razões para não aplicar isso à mulher que, nas mesmas condições, concorre para a morte de seu filho como partícipe.

18 Que afirma que todos os coautores são responsabilizados pelo fato considerado globalmente, como se fosse uma única ação de natureza coletiva, e não cada contribuição isoladamente. Sobre isso, cf. BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 101 ss.

19 Para isso, por óbvio, devem estar presentes os requisitos gerais da coautoria: plano comum e contribuição relevante de todos os concorrentes na fase de execução do delito.

Mas esse argumento *a fortiori*, que tem caráter indutivo, só explica que há uma razão material por trás desse aparente conflito; aqui, creio eu, a situação explica-se pelo fato de que as figuras dos arts. 121 e 123 do CP afirmam o mesmo injusto. A diferença reside somente no âmbito da culpabilidade, que é personalíssima; desse modo, a mãe responder pelo art. 123 do CP, a rigor, é somente um corolário do *princípio da culpabilidade*.

Teríamos, portanto, nos dois últimos casos, uma hipótese em que o autor responderá pelo art. 121 do CP, e a mãe (ora coautora, ora partícipe), pelo art. 123 do CP. Um hipotético argumento contrário calcado em um princípio da unidade do delito²⁰, aqui, não prospera. Isso, porque esse princípio já é de algum modo relativizado pelo art. 29, § 2º, do CP, que regula os casos de participação dolosamente distinta. No caso do dispositivo citado, há razões materiais para tanto: não é correto que os concorrentes respondam por um delito que não estava previamente acordado por todos e que um dos agentes optou unilateralmente por realizar durante a execução do plano. Já no exemplo anterior, a rigor, as duas figuras delitivas em questão – os arts. 121 e 123 do CP – somente são diferentes delitos no aspecto formal; na perspectiva material, possuem rigorosamente o mesmo conteúdo de injusto e, desse modo, nem haveria propriamente uma relativização, de uma perspectiva material, de um tal princípio da unidade de delito.

A segunda das constelações de casos diz respeito às circunstâncias e condições pessoais que são causas de justificação (a dizer, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal). Retornemos ao exemplo do porteiro que auxilia o agente público que foi incumbido de cumprir um mandado de busca e apreensão. O porteiro que realizou a conduta de arrombar a porta, que corresponde ao delito autônomo de dano, não será responsabilizado em razão da comunicação da circunstância pessoal do agente público.

Todavia, se estivermos diante de um curioso porteiro, que entra no apartamento e acompanha a operação: aqui, temos uma violação de domicílio não contemplada pela comunicação das circunstâncias pessoais do agente público; afinal, entrar não autorizadamente no domicílio alheio em nada auxilia o cumprimento do dever legal alheio. Além disso, se o porteiro entra para ajudar o agente público a vasculhar o imóvel à procura de bens, aqui ele também deve ser responsabilizado: o dever legal é excepcional e tem um titular determinado; uma pessoa não incumbida do dever não está autorizada a arbitrariamente executar o

20 Como, por exemplo, fazem SOUZA/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 285.

dever alheio, sobretudo quando implica na afetação de bens jurídicos de terceiros. Desse modo, a causa justificante do estrito cumprimento do dever legal só será comunicada a terceiros não detentores do dever quando: (i) significar efetivo auxílio ao terceiro detentor do dever e (ii) não configurar o exercício do dever em si mesmo, que só o detentor deve exercer.

A hipótese do exercício regular de direito é mais simples. A circunstância só se comunicará ao terceiro quando as categorias do direito em si mesmo estiverem realizadas. É dizer: quando o titular do direito permitir ou solicitar auxílio no seu exercício e quando não houver expressa previsão legal em contrário. Por exemplo: quem publica a crítica literária, artística ou científica de terceiro dentro dos limites do art. 142, II, do CP não responderá, assim como o autor da crítica, por crime contra a honra, se a publicação foi devidamente autorizada pelo último.

Tem-se, portanto, como panorama das reflexões do presente item: (i) não se pode vedar absolutamente a comunicabilidade de determinadas circunstâncias ou condições pessoais a pretexto de serem personalíssimas por falta de previsão legal e, sobretudo, daquelas que seriam favoráveis ao agente, por configurar analogia *in malam partem*; (ii) isso não significa, entretanto, que todas as circunstâncias e condições pessoais serão sempre comunicáveis; (iii) no caso dos chamados *delicta excepta*, a imputação dependerá em primeiro lugar da constatação sobre qual norma de conduta foi violada pelo autor do fato; (iv) nos casos das causas justificantes pessoais, dependerá das suas respectivas nuances, enumeradas antes.

4 Identificação da norma violada como critério de imputação nos crimes especiais

O critério ensaiado *supra* pode também auxiliar e explicar a imputação nos chamados crimes próprios ou especiais. A diferença fundamental está, na realidade, na extensão da comunicabilidade das circunstâncias e condições pessoais.

A relação que há, por exemplo, entre as normas do homicídio e do infanticídio não é a mesma que há entre os crimes especiais impuros e os seus correspondentes crimes comuns. Como dito, todo infanticídio é uma forma de homicídio; entretanto, o peculato-subtração não é uma forma de furto ou vice-versa²¹. Não só os bens jurídicos são distintos, mas os núcleos dos desvalores

21 A rigor, os tipos de homicídio e infanticídio contêm a mesma norma de comportamento. Norma de comportamento e tipo penal não são sinônimos. Sobre isso, cf., por todos, FRAGOSO, *Lições de direito penal* PG, p. 89 ss. (especialmente, p. 90). Em suma: o tipo penal descreve a conduta proibida; a norma de comportamento enuncia o imperativo que decorre do tipo penal. Homicídio e infanticídio, apesar de constituírem tipos penais distintos, enunciam a norma de não matar; por outro lado, o furto e o peculato-subtração enunciam normas de comportamento

das condutas previstas nos tipos também não são coincidentes²². Isso significa, por exemplo, que não é possível coautoria entre *intraneus* e *extraneus* nos delitos especiais, pois eles nunca violam a mesma norma de conduta.

A condição pessoal, nesses casos, não é uma forma específica de tipificação de elementos da culpabilidade, mas de descrição de elementos fundamentais para a constituição do injusto contido no tipo penal. É dizer: o funcionário público que subtrai um bem aproveitando-se da facilidade do próprio cargo pratica um injusto que não é explicado somente na simples apropriação não autorizada de bem alheio. O peculato-subtração é mais do que uma simples ofensa à propriedade. E esse desvalor adicional faz dessa figura algo totalmente distinto do furto.

Por essa razão, o *extraneus* nunca violará a norma que decorre dos tipos penais nos delitos especiais. O máximo que ele pode realizar é a violação da norma de participação nesses delitos: “Não auxilie o *intraneus* a realizar a conduta prevista no tipo penal”, decorrente da conjugação do tipo em questão com o art. 29, *caput*, do CP. É isso que explica, portanto, porque, nos delitos especiais, o autor é sempre o *intraneus*, pois somente ele pode violar ou agir conforme a norma contida no tipo penal.

Desse modo, a tipificação dos delitos especiais dependerá sempre da questão sobre se o *intraneus* praticou atos de execução ou não. Se, de alguma forma, o *intraneus* realiza o verbo contido no tipo, haverá o delito especial correspondente. Entretanto, se o *intraneus* se limitar a atos típicos de partícipe, ele deverá ser responsabilizado como partícipe de um crime comum praticado por outrem.

A questão fundamental é verificar o papel do *intraneus* no fato. Se ele pratica atos de execução, mesmo que conjuntamente com um *extraneus*, haverá um delito especial cujo autor será o primeiro e partícipe, o segundo. Exemplo: um funcionário público, utilizando o seu crachá de acesso a uma repartição pública, lá entra de madrugada com um terceiro *extraneus* e ambos, em conjunto, subtraem computadores do prédio. Aqui, o *intraneus* terá praticado, como autor, o peculato-subtração do art. 312, § 1º, do CP. Ao *extraneus*, a rigor seriam aplicáveis tanto a norma do furto (art. 155 do CP) quanto a da participação no peculato-subtração alheio (art. 312, § 1º, c/c art. 29, ambos do CP) e, pela dogmática do

distintas entre si. Em resumo: as características do injusto constituem os contornos da norma de comportamento; as da culpabilidade, não.

22 Entre nós, defendendo a relevância da análise do injusto e do bem jurídico tutelado para a questão, já CAMARGO, *Código Penal comentado*, p. 154 ss.

concurso de leis²³, a do peculato-subtração é a norma aplicável à luz do princípio da subsidiariedade²⁴.

Se, por outro lado, o funcionário público somente instiga o particular a realizar a subtração, aqui ele participa de furto alheio, não praticando o peculato-subtração. Por fim, se o terceiro somente auxilia nos atos anteriores ou posteriores à subtração realizada pelo funcionário público, aqui há talvez o caso menos controverso, em que o *intraneus* é o autor e o *extraneus*, o partícipe do peculato-subtração.

Haveria, ainda, uma série de hipóteses a aventar, como, por exemplo, a questão da autoria mediata. Entretanto, pelo curto espaço aqui disposto, deixam-se as demais questões em aberto.

Considerações finais

A título de conclusão, pode-se resumir as seguintes teses aqui defendidas:

1. A expressão “elementares do crime”, contida no art. 30 do CP, deve ser interpretada de modo a abranger todos os elementos do injusto penal (tipicidade e antijuridicidade);
2. É necessário assumir um conceito restritivo de autor, que é o ponto de partida correto, sobretudo por respeitar a legalidade penal;
3. Não é possível recorrer ao argumento de que uma circunstância ou condição elementar é personalíssima para defender a sua incomunicabilidade absoluta, em razão sobretudo da ausência de previsão legal para tanto;
4. A fim de definir a imputação dos diferentes concorrentes em um delito, é preciso, primeiramente, identificar qual norma de conduta estava em jogo.

Referências

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

23 Por todos, cf. HORTA, *Do concurso aparente de normas penais*.

24 Nem todo peculato-subtração seria uma forma especial de furto, como evidenciado nos casos de peculato de uso, que são típicas; ao contrário do chamado furto de uso, que é atípico, em razão da ausência do especial fim de agir. Não há, portanto, relação de especialidade entre os tipos, mas de subsidiariedade.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 123-174.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, t. I, 2004.

ENGISCH, Karl. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 70, n. 4, p. 566-615, 1958. DOI: 10.1515/zstw.1958.70.4.566.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

HORTA, Frederico. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978.

KINDHÄUSER, Urs. A acessoriedade limitada da participação. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; GODINHO, Inês Fernandes; MOURA, Bruno de Oliveira (org.). *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 171-189.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Stuttgart: von Ferdinand Enke, 1889.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Do concurso de pessoas. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 144 ss.

REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim. Fundamentação da norma e imputação – Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto

(org.). *Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 81-113.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral. Fundamentos. A estrutura da teoria do crime*. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, t. I, 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático. Tradução: Adriano Teixeira. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo horizonte, v. 8, n. 1, p. 1-15, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XR ICP2023v8n1p1-15.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 153, p. 777-792, 2006.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, volume único, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Revan, v. II, t. II, 2017.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Rodrigo Amaral | E-mail: rodrigoamaral2209@gmail.com

Mestre e doutorando em Direito (UERJ). Advogado.

Recebimento: 09.10.2024

Aprovação: 21.12.2024