

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NOS DELITOS ESPECIAIS - A COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO ART. 30 DO CÓDIGO PENAL

1. Colocação do problema

A nosso juízo, a questão da comunicabilidade das elementares do crime aos co-participantes do delito não foi enfrentada, ainda, com profundidade pela doutrina. É certo que de acordo com o art. 30 CP, as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime, desde que entrem na esfera de conhecimento de um dos participantes, a ele se comunica. Até este ponto, rege acordo entre a doutrina brasileira. Porém, até aonde haveria esta comunicabilidade? Ou melhor, em que fluxo ela se operaria? Para expor melhor o problema, colocamos o seguinte exemplo. “A”, funcionário público, determina a “B” que subtraia objetos de valor da repartição em que “A” trabalha. “B” executa o mandato e subtrai os objetos de valor, conhecendo a qualidade de funcionário público de “A”. Por força do art. 30 CP, “B” seria autor do delito de peculato. Outro exemplo. A mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal, pede a seu marido uma faca para matar o recém nascido. O pai, sabendo desta condição, entrega a faca. Ambos respondem por infanticídio. Agora, se a mãe, sob a influência do estado puerperal, pede que o pai mate o recém nascido e aquele, saca uma arma e desfere tiros contra a criança, não concordamos que deva responder pelo delito próprio (infanticídio).

Para nós, já no primeiro exemplo não seria possível que “B” respondesse como autor pelo delito próprio, uma vez que lhe falta, justamente, a qualidade pessoal exigida pelo tipo penal, é dizer, ser funcionário público. A doutrina brasileira, apegando-se estritamente à disposição do art. 30 CP, admite a possibilidade de que o *extraneus*, ainda que realize atos executórios, seja considerado autor. Ocorre que os delitos especiais só podem ser cometidos por determinadas pessoas, que detêm a qualidade exigida no tipo para a sua realização¹.

De acordo com essa classificação doutrinária, somente pode ser autor do delito especial aquele que reúne as qualidades específicas exigidas pelo tipo penal². Isso não significa que não admitimos o concurso de pessoas entre o

¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 338; JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Comares, Granada, 1993, p. 240; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1996, p. 206; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, 1978, p. 269; CUELLO CONTRERAS, Joaquin, El Derecho Penal, Español, Parte General, Civitas, Madrid, 1996, p. 401; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Manual de Derecho Penal, Parte General, Aranzadi, 1999, p. 316.

² STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal, Parte General I, Edersa, Madrid, 1982, p. 234.

qualificado e o não qualificado. Não é este o problema. Como mencionamos linhas acima, o problema a ser enfrentado é que em algumas hipóteses não será possível a posição jurídica de autores e partícipes. É viável a participação nos crimes especiais, desde que o partícipe seja o *extraneus*, isto é, não realize a conduta descrita no tipo, e o autor seja o *intraneus* (funcionário público, por exemplo). Assim, no exemplo citado, se o *extraneus* pede ao funcionário que subtraia coisa alheia móvel da repartição, será partícipe no delito de peculato. Nesse caso, não há problema com a elementar prevista no art. 30 CP. O que não é correto, é a comunicabilidade da circunstância quando o *extraneus* execute pessoalmente o delito, pois lhe falta, justamente, a qualidade exigida no tipo e, assim, não poderia ser autor do crime especial, mas, somente partícipe.

2. Delitos especiais próprios e impróprios

Assinala MIR PUIG que os delitos especiais próprios são os que descrevem uma conduta que só pode ser punida a título de autor quando realizada por certos sujeitos, de modo que os demais que a executem não podem ser autores nem deste, nem de nenhum outro delito comum que castigue para eles a mesma conduta³. Os delitos especiais próprios são os que não contam com uma figura paralela no Código – em que o resto do tipo é igual – do delito comum, como a concussão. Assim, fala-se de delitos especiais próprios quando a qualidade especial do sujeito é determinante para a existência do delito, de tal forma que faltando a mesma, o fato será atípico. Não existe, pois, correspondência alguma com um delito comum consistente no mesmo fato cometido por uma pessoa carente da qualificação exigida⁴. RODRÍGUEZ MOURULLO leciona que nos delitos especiais em sentido estrito (próprios) a limitação dos sujeitos ativos não vem imposta pela própria natureza do injusto, senão que é fruto de uma decisão legal⁵.

Já os delitos especiais impróprios contam com um tipo penal paralelo no Código⁶. Nos delitos especiais impróprios, a qualidade especial possui unicamente a virtude de atenuar ou agravar a pena de seu autor, mas existe uma correspondência fática com o delito comum, que seria realizado por qualquer pessoa que não tivesse aquela qualidade especial⁷, como o peculato em relação ao furto.

³ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, p. 206.

⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ob. cit., p. 629.

⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 270.

⁶ Nesse sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I, Editorial Universitas, Madrid, 1996, P. 304 e 305; CERESO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Tecnos, Madrid, 1997, p. 113.

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ob. cit., p. 629; No mesmo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 190;

3. Delitos especiais como delitos de infração de dever. Classificação de ROXIN

A doutrina já assinalava que a classificação dos delitos especiais (próprios) tinha relevância, justamente, em sede do concurso de pessoas para a delimitação entre autores e partícipes⁸. A partir desta concepção alguns autores passaram a adotar outra classificação para os delitos especiais, denominando-os de delitos de infração de dever⁹. É que nesses delitos falham as teorias formal-objetiva e do domínio do fato. Para isso, basta que se tome o exemplo do funcionário público, *intraneus*, que determina o *extraneus* a subtrair coisa alheia móvel da repartição em que o primeiro trabalha. Nenhuma das duas teorias serviria para explicar a autoria do funcionário público, porque, de fato, quem realiza a infração penal pessoalmente (teoria formal-objetiva) ou tem o domínio do fato (teoria do domínio) é o *extraneus* e não o funcionário.

Para ROXIN, a adoção de tal postura não se deriva do conceito de domínio do fato, senão da significação do tipo para a determinação da autoria. É que se os tipos descrevem uma ação e uma pessoa do autor, os preceitos de participação, com respeito a aqueles, apresentam-se como causa de extensão. Assim, ao requerer o tipo especial próprio determinada condição, está exigindo um requisito especial para a autoria¹⁰.

Portanto, somente um *intraneus* pode ser autor de um dos delitos praticados por funcionário público. Ao examinar-se mais de perto esta posição determinante para a autoria, verifica-se que não é a condição de funcionário público o que lhe converte em autor, pois isso se deve ao dever específico (que se deriva de ter encomendada uma concreta matéria jurídica) dos implicados de comportarem-se adequadamente, cuja infração consciente fundamenta a autoria. Assim, unicamente pode ser autor do tipo de concussão aquele que exige, em razão da função, vantagem indevida (art. 316 CP); quem não se encontre nessa posição jurídica, ainda quando

MAURACH, Reinhart, em MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, Derecho Penal, Parte general 1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 371; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 270.

⁸ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, p. 338

⁹ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 383; JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 791; BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho penal, parte general, akal/iure, Madrid, 1998, p. 373..

¹⁰ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, p. 384.

domine o curso dos acontecimentos, só responde como partícipe¹¹. Em todos os casos, o critério determinante para a autoria reside numa infração de dever, cuja natureza ainda deve ser esclarecida¹².

O dever que constitui a matéria da lesão jurídica nestes tipos penais não é o dever genérico que surge de toda norma e que alcança também o dos partícipes. Trata-se, pelo contrário, de um dever extra-penal, que não alcança a todo partícipe, senão a quem tem uma determinada posição a respeito da inviolabilidade do bem jurídico (funcionários, administradores, garantes no delito de omissão). Nesse sentido, afirma-se que os delitos de infração de dever “são todos aqueles cujos autores estão obrigados institucionalmente a um cuidado do bem”¹³.

Segundo a elaboração de ROXIN, o elemento que decide sobre a autoria constitui uma infração de dever extra-penal que não se estende necessariamente a todos os implicados no delito, mas que é necessária para a realização do tipo¹⁴. Tratam-se sempre de deveres que estão antepostos no plano lógico à norma e que, em geral, originam-se em outro ramos jurídicos. Os exemplos desta categoria são os já citados deveres jurídicos-públicos dos funcionários, os mandatos de sigilo de certas profissões e os estados e as obrigações jurídico-civis de satisfazer alimentos ou de lealdade. Todos eles se caracterizam em razão de que o obrigado se sobressai entre os demais cooperadores por uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato e porque o legislador o considera como figura central do sucesso da ação, como autor, precisamente devido a esta obrigação¹⁵.

Colocado o problema, mister uma análise detalhada da questão. Como os casos de autoria simples não fazem ressaltar com tanta nitidez as diferenças específicas das distintas concepções sobre a autoria, temos que nos ocupar, em primeiro lugar, da intervenção de vários no marco dos delitos de infração de dever.

¹¹ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 373.

¹² ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 384 y 385.

¹³ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 791.

¹⁴ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal, Parte General*, v. 2, Atrea, 1995, p. 326, não concorda com esta concepção, pois, “por um lado, a lesão de um dever extra-típico não pode decidir sobre a qualidade do sujeito do fato determinada no tipo por outro, posto que ainda ante a existência dos elementos especiais do sujeito do fato (delitos especiais) pode faltar o domínio do fato, aqui considerado como essencial, devido ao qual – nos fatos dolosos – a mera participação é inclusive possível ante a existência dos elementos especiais da autoria de mão própria (e correspondente nos delitos especiais)”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 447, não admite uma categoria geral de *delitos consistentes na infração de um dever* em que os *obrigados* fossem sempre autores, qualquer que seja sua intervenção. Mas reconhece que a particularidade de muitos destes tipos delitivos desafia todo intento de resolver estes problemas com ajuda de teorias gerais elaboradas de costas à regulação dos delitos na Parte Especial.

¹⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 386.

4. A co-autoria nos delitos de infração de dever

Com fundamento no que foi exposto, está claro que o sujeito que, cooperando na divisão de trabalho com outro, realiza um tipo de infração de dever, mas nem por isso tem que ser autor. Por exemplo. O particular que, em conjunto com o funcionário público, patrocinasse, diretamente, interesse privado perante a administração pública, sendo que o funcionário valeu-se de seu cargo para isso (art. 321 CP), somente pode ser partícipe, ainda que seja co-sustentador do domínio do fato. De acordo com isso, não basta o domínio do fato nos delitos de infração de dever para fundamentar a co-autoria. Portanto, não tem aplicação a teoria do domínio do fato para estes delitos. ROXIN cita o exemplo de dois sujeitos que administrarão conjuntamente um patrimônio. Ambos concebem de embolsar os valores de seu encargo. A execução, entretanto, é levada a cabo só por um dos administradores, enquanto que o outro só atua na fase preparatória ou favorece o plano. Aqui não se dá uma dependência funcional no sentido da teoria do domínio do fato. Não obstante, ambos são autores de administração desleal, pois também o que se limita a auxiliar infringe o “dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios”, que lhe incumbe, causando, assim, “um prejuízo a aqueles por cujos interesses tinha que velar”. Sendo esta a circunstância que lhe faz avançar ao centro da realização do delito, não se compreende por que seria necessário, ademais disso, o domínio do fato. A administração desleal não experimentaria nenhuma modificação qualitativa pela falta de caráter comum da execução externa da ação, pois o sentido da ação, a coloração pessoal da conduta de cooperar, em que se baseia a distinção de formas de participação, resulta unicamente da vulneração do vínculo de lealdade¹⁶.

O correto da solução proposta se deriva forçosamente de uma consideração prática: se se quisesse requerer para a autoria, junto a infração de dever, também o domínio do fato, os partícipes se dividiriam em dois grupos completamente heterogêneos: em senhores do fato com dever de lealdade e em obrigados a lealdade sem domínio do fato. Isso não só eliminaria o conceito unitário de participação nos delitos de infração de dever, senão também forçaria a consequência intolerável de que não haveria autor se o executor obrou sem que lhe incumbisse o dever de lealdade e o obrigado permaneceu em segundo plano¹⁷. No mesmo exemplo, se pensamos que existe um único administrador que pede a um *extraneus* que trabalha num banco que faça desaparecer o dinheiro, o sujeito agente não pode ser autor de administração desleal por falta do dever de lealdade, enquanto que o administrador tampouco poderia responder, porque lhe falta o domínio do fato.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p. 387.

¹⁷ ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 387.

Parece que esta não pode ter sido a vontade do legislador. O administrador do patrimônio é autor da deslealdade. Porém, para que isto seja assim, deve-se eliminar por completo o critério do domínio do fato e atender-se, para delimitar a autoria e a participação, unicamente ao critério da posição que ocupa o cooperador, é dizer, se ocupa ou não a posição de dever extra-penal descrito no tipo¹⁸.

O mesmo ocorreria no Brasil, pois não parece correto que o *extraneus*, ainda quando realize pessoalmente a infração penal, possa ser autor. Mesmo que se adotasse outro raciocínio, isto é, de que seguimos a teoria da acessoriedade limitada para a participação, o que significa que só existe participação quando o autor principal ao menos inicia o fato típico e antijurídico, a solução não se modifica. Nesse caso, o *intraneus* (funcionário público) que determinasse um furto na sua repartição não realizaria pessoalmente nada e, tampouco, teria o domínio do fato. Assim, a conduta principal seria realizada pelo *extraneus*. De acordo com a teoria da acessoriedade limitada, também adotada pela doutrina brasileira, como o funcionário não domina o fato, ou não o realiza pessoalmente (teoria formal-objetiva), sua conduta seria acessória, dependente do fato principal. Ocorre que sua participação não acederia a nada, pois o fato principal (peculato) depende justamente de sua qualificação (funcionário público). Portanto, o funcionário não poderia ser partícipe do delito, ainda que se encontre na posição mencionada. O fluxo contrário é possível, é dizer, quando o funcionário realiza pessoalmente a infração penal determinado por um terceiro, pois, assim, a participação tem como aceder ao fato principal que, neste caso, exige um autor qualificado¹⁹.

ROXIN assinala que se chega à conclusão (inclusive os partidários da teoria do domínio do fato) de que nos delitos deste gênero é determinante um conceito de autor distinto e que o rompimento do dever especial extra-penal, produtor do resultado, é o que fundamenta a autoria, sem levar em conta nem a vontade do autor nem o domínio do fato²⁰.

De acordo com esta posição, a co-autoria obtém, nos delitos de infração de dever, uma estrutura totalmente distinta daquela utilizada para o conceito geral de autor. No lugar da camada das contribuições ao fato na fase executiva, dá-se

¹⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., p 387.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 466 e 447, assinala que o funcionário que induz a outro para que subtraia valores que tem sob sua responsabilidade, responderá sempre por peculato; o estranho, em câmbio, por furto sempre; e isso igualmente ainda que o indutor fosse o estranho e o induzido o funcionário. Isso converteria esses delitos em *delitos consistentes na infração de um dever*, sendo irrelevante para a qualificação da autoria a contribuição objetiva do *intraneus*. Entretanto, para MUÑOZ CONDE, não há razão para que não se apliquem as regras gerais de participação. Se o autor é o *intraneus*, o delito cometido será o especial (peculato) e, em virtude do princípio de unidade de título de imputação, todos os demais responderão por este delito, ainda que não tenham as qualidades exigidas no mesmo. Ao contrário, se o autor é o *extraneus*, o delito cometido será um comum (furto), e os partícipes responderão pelo delito comum, qualquer que seja a sua consideração pessoal.

²⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 389.

a determinação do resultado pelo rompimento conjunto de um dever comum. O âmbito da co-autoria se encolhe notavelmente, pois só cabe falar de caráter comum neste sentido quando várias pessoas encontram-se sujeitas a um mesmo e único dever²¹.

JESCHECK, ainda que sem esta fundamentação, concorda que não é possível a co-autoria nestes casos (qualificado e não qualificado), pois, como a co-autoria constitui uma forma de autoria, só pode ser co-autor quem também é autor idôneo com respeito às demais contribuições para o fato. Por isso, não existe co-autoria nos delitos especiais próprios quando falta ao autor a qualidade requerida²².

Essa opinião também é reforçada por STRATENWERTH, pois nos casos em que a lei requer os elementos especiais da autoria, vige o mesmo para a co-autoria. Se eles faltam, o partícipe – ainda quando tenha parte do domínio do fato – somente poderá ser responsabilizado como partícipe, e isso nos casos em que ocorram os pressupostos de participação²³.

Isso tudo não significa que não possa ocorrer a co-autoria, pois ela existirá onde determinado âmbito de assuntos esteja confiado a várias pessoas de uma vez. Isso ocorre, por exemplo, na vigilância de internos, que pode estar a cargo de vários funcionários das prisões (§ 347 StGB), ou na conservação de cartas e pacotes confiada a múltiplos funcionários dos correios (§ 354 StGB). Nestes casos, de acordo com a opinião de ROXIN, haverá co-autoria sempre que alguém, de acordo com outros obrigados, mediante qualquer contribuição ao fato, não cumprindo as funções que lhe estão encomendadas, coopera na evasão de presos ou na desaparecimento de cartas²⁴.

5. Autoria mediata nos delitos de infração de dever

Os fundamentos adotados para a co-autoria têm validade para a autoria mediata. Desse modo, deve-se atender somente à infração de dever especial extra-penal e não ao domínio do fato.

Assim, nos delitos de domínio (domínio do fato) o sujeito é autor mediato se dirige e tem o domínio do acontecer mediante coação ou engano de outro

²¹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 389.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, p. 616; No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago, assinalando que todo co-autor deve reunir as condições necessárias para ser autor nos delitos especiais. O interveniente não qualificado não pode ser co-autor, somente partícipe.

²³ STRANTENWERTH, Günter, ob. cit., p. 251.

²⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 389.

ou no marco de aparatos de poder organizados. Pelo contrário, nos delitos de infração de dever não se requer para a autoria mediata o domínio do fato. Basta que o indivíduo que está sujeito a uma relação de dever deixe a execução da ação para uma pessoa que se encontra à margem da posição de dever que fundamenta a autoria. Assim, a co-autoria e a autoria mediata se distinguem nos delitos de infração de dever – de novo em contraposição aos delitos de domínio – só que no primeiro caso cooperam para alcançar o resultado vários obrigados, e, no segundo, *intraneus* e *extraneus*. Também as distintas manifestações de autoria adquirem assim uma estrutura notavelmente modificada²⁵.

5.1. Utilização de um instrumento não qualificado que obra dolosamente

Os casos de utilização de um instrumento não qualificado são resolvidos de forma satisfatória com a utilização desta classificação (delitos de infração de dever). O funcionário, que sem ter o domínio do fato, determina ao *extraneus* a realizar um resultado juridicamente desaprovado, é autor mediato, posto que, vulnerando o dever especial extra-penal que lhe incumbe (o único que importa), determinou a violação do bem jurídico descrito no tipo. Assim, o *extraneus*, apesar do domínio do fato, é cúmplice²⁶.

Nesse sentido, BACIGALUPO assinala que estes casos eram tradicionalmente considerados como autoria mediata, mas para isso se modificava o conceito de domínio do fato. A questão se apresentava nos delitos especiais, nos quais só pode ser autor um sujeito que tenha a qualificação exigida para o delito²⁷.

A utilização de um não qualificado (*extraneus*), que obra com dolo, por um qualificado (*intraneus*), determina um problema complexo. Exemplo (modificado): o funcionário, que por meio de um não funcionário subtrai coisa alheia móvel da repartição em que trabalha. Nesse caso, pode-se afirmar que existe acordo a respeito da punibilidade do qualificado como autor mediato, que realiza a ação de execução por meio de um não qualificado que obra com dolo, e do “instrumento” que realiza a ação de execução de forma direta como partícipe²⁸.

²⁵ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 392.

²⁶ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 392.

²⁷ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 375.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 375.

O problema se apresenta aqui para a teoria do domínio do fato, pois o não qualificado que obra com dolo e liberdade teria, em princípio, o domínio do fato e, entretanto, não pode ser autor pela falta da qualificação legal. A questão tem repercussão fundamentalmente na matéria da acessoriedade. Se esta depende do domínio do fato do autor principal, pareceria que no caso não há outra solução que a impunidade, já que o não qualificado não pode ser autor por falta da qualificação e o qualificado não pode ser indutor porque a indução supõe a autoria do induzido²⁹.

JESCHECK reconhece o problema da fundamentação da autoria mediata para a teoria do domínio do fato quando se utiliza de um instrumento sem qualificação. Neste caso, não tem aplicação a indução ou a cumplicidade, porque falta ao executor precisamente a intenção típica desta classe de delito ou, em qualquer caso, tampouco cabe falar de um domínio da vontade do “homem de trás” sobre o instrumento, desde que não ocorra coação, erro ou incapacidade por parte deste. Aqui será determinante a consideração de que nestes casos o domínio do fato deve ser entendido **normativamente**. O delito não pode ser cometido de modo algum pelo executor sem a cooperação do “homem de trás”, e um fato relevante na área jurídico-penal somente se dá quando este aporta a intenção ou a característica requerida pelo legislador. A influência juridicamente dominante do “homem de trás” resulta, assim, decisiva para a autoria. Mas, deve-se reconhecer a crítica que, ademais do fator jurídico consistente em que o delito não lhe seja acessível em absoluto ao atuante sem o “homem de trás” qualificado, deve-se acrescentar um fator psicológico no sentido de que o “homem de trás” determinou ao atuante para a realização do fato. Portanto, fala-se, nestes casos, de autoria normativo-psicológica³⁰.

WELZEL admite a existência da autoria mediata nos casos em que um qualificado utiliza um não qualificado para a realização do delito e fundamenta a autoria do não qualificado no “domínio social do fato”. Assim, nos delitos especiais próprios, o qualificado que está detrás e que induz, é o que dá ao não qualificado a possibilidade de tomar parte na realização típica do delito especial. Isto fundamentaria o domínio do que está atrás, é dizer, do qualificado, sobre a participação do não qualificado, na realização do delito especial e com isso a sua autoria³¹.

Preferimos a fundamentação de ROXIN, pois não concordamos que se possa entender esses casos com base num domínio do fato “normativo” ou no “domínio social do fato”. Em qualquer caso teríamos que alterar a teoria do domínio

²⁹ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 375; STRATENWERTH, Günter, ob. cit., p. 243.

³⁰ JESHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, p. 610.

³¹ WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 125. STRANTEWERTH, Günter, ob. cit., p. 243, critica esta posição dizendo que é uma solução aparente que transforma a exigência de um dever especial num momento do domínio, desprezando o sentido originário do critério do domínio do fato e, além disso, passa por alto o domínio fático do *extraneus* – que, ademais, é decisivo.

do fato, pois realmente quem domina o fato é o não qualificado, o que nos leva a preferir a elaboração do critério da infração de dever.

QUINTERO OLIVARES critica esta concepção, pois em sua opinião a figura do instrumento doloso na autoria mediata somente é defensável desde uma *concepção subjetivista da autoria*. Assinala que é inegável que podem produzir-se situações nas quais um qualificado utiliza um não qualificado para cometer um delito especial próprio, e parece claro que há que se evitar a impunidade de um e de outro. Assim, para lograr construir a autoria mediata, cria-se um conceito de instrumento doloso com o fim de evitar que se chegue à conclusão de que se trata de indução a um comportamento atípico. Mas, segundo QUINTERO, apesar de tão respeitável propósito, sustenta-se que a figura do instrumento doloso deve ser rechaçada em todos os casos, pois o sujeito que atua consciente e voluntariamente não é já um instrumento; sua conduta é uma ação juridicamente valorável, e se é atípica, a solução não se pode buscar forçando os conceitos, senão introduzindo as necessárias modificações na parte especial, caso se estime necessário³².

Nas palavras de BACIGALUPO, todas as propostas acima referidas ficaram fora de consideração em consequência do desenvolvimento dogmático dos *delitos de infração de dever*. Nestes delitos se modifica o regime da acessoriedade de tal maneira que a ação do partícipe não depende do domínio do fato e do dolo do autor (nestes casos o qualificado), senão da infração do dever do qualificado, *qualquer* que seja a posição em que este atue, dado que toda atuação que signifique infração de dever é suficiente para a autoria³³.

6. Conclusão

De todas as formas, como já mencionamos no início deste trabalho, consideramos correta a premissa de que nos delitos especiais próprios, somente pode ser autor o sujeito que detém a qualidade exigida pelo tipo penal. Qualquer outra forma de intervenção será a de participação, ainda que se comuniquem a circunstâncias do artigo 30 do Código Penal. Isso significa que mesmo que o *extraneus* possua o domínio do fato ou realize pessoalmente a infração penal, não poderá ser autor, pois lhe falta a qualidade requerida pelo tipo penal. Nos delitos especiais impróprios, quando o *extraneus* realiza pessoalmente a infração penal

³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Manual de Derecho Penal, Parte Genral, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 633. No mesmo sentido, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 749 e 750.

³³ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 376.

induzido pelo *intraneus*, será autor do delito que corresponda a sua conduta na parte especial, mas não do delito especial. Assim, se o funcionário induz ao não funcionário que subtraia coisa da repartição, o funcionário (*intraneus*) responde por peculato e o não funcionário (*extraneus*) responde por furto.