

Concurso de Pessoas

Em nosso Direito Penal positivo, há inúmeras infrações penais que podem ser praticadas por uma só pessoa, a exemplo do delito de furto (art. 155 do CP). Outras existem, contudo, que exigem, no mínimo, duas pessoas para que possam se configurar, como é o caso do delito de adultério (art. 240, CP). Na primeira hipótese, estaremos diante dos chamados crimes unissubjetivos; na segunda, diante dos crimes plurissubjetivos.

Cuidando do concurso de pessoas, diz o art. 29, caput, do CP, que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

O art. 29 do CP aplica-se, como regra, aos delitos unissubjetivos, também conhecidos como delitos de concurso eventual, uma vez que para os crimes plurissubjetivos, ou de concurso necessário, pelo fato de exigirem a presença, de no mínimo, duas ou mais pessoas, dependendo do tipo penal, não haveria necessidade de regra expressa para os autores, ou coautores, tendo aplicação somente no que diz respeito à participação nessas infrações penais.

Requisitos para o concurso de pessoas:

Para que se possa concluir pelo concurso de pessoas, será preciso verificar a presença dos seguintes requisitos:

- a) pluralidade de agentes e de condutas
- b) relevância causal de cada conduta
- c) liame subjetivo entre os agentes
- d) identidade de infração penal

A pluralidade de agentes (e de condutas) é requisito indispensável à caracterização do concurso de pessoas.

O segundo requisito diz respeito à relevância causal das condutas praticadas por aqueles que, de alguma forma, concorreram para o crime. Se a conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, devemos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática.

O terceiro requisito indispensável à caracterização do concurso de pessoas diz respeito ao chamado liame subjetivo, isto é, o vínculo psicológico que une os agentes para a prática da mesma infração penal.

O quarto e último requisito necessário à caracterização do concurso de pessoas é a identidade de infração penal. Quer isto dizer que os agentes, unidos pelo liame subjetivo, devem querer praticar a mesma infração penal. Seus esforços devem convergir ao cometimento de determinada e escolhida infração penal.

Em síntese, somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levarem a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal é que poderemos falar em concurso de pessoas.

Teorias sobre o concurso de pessoas:

Com a finalidade de distinguir e apontar a infração penal cometida por cada um dos seus participantes (autores e partícipes), surgiram três teorias que estão a merecer destaque:

- a) Teoria pluralista
- b) Teoria dualista
- c) Teoria monista

Para a teoria pluralista, haveria tantas infrações penais quantos fossem o número de autores e partícipes.

Já a teoria dualista distingue o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Para esta teoria, haveria uma infração penal para os autores e outra para os partícipes. Manzini, defensor da mencionada teoria, argumentava que “se a participação pode ser principal e acessória, primária e secundária, deverá haver um crime único para os autores e outro crime para os chamados cúmplices *stricto sensu*”.

A teoria monista, também conhecida como unitária, adotada pelo nosso Código Penal, aduz que todos aqueles que concorrem para o crime, incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para a teoria monista existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorrerem, autores ou partícipes.

Embora o Código Penal tenha adotado como regra a teoria monista ou unitária, na verdade, como bem salientou Cezar Bitencourt, “os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação”, razão pela qual Luiz Regis Prado aduz que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada”.

Além das mencionadas por Cezar Bitencourt, existem outras exceções à regra da teoria monista localizada na parte especial do Código Penal, a exemplo do crime de aborto, onde a gestante pratica o delito do art. 124, e aquele que nela realiza o aborto, com o seu consentimento, comete o delito do art. 126.

AUTORIA:

Conceito restritivo de autor:

Para aqueles que adotam um conceito restritivo, autor seria somente aquele que praticasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes.

O conceito restritivo de autor segue atrelado a uma teoria objetiva de participação. Essa teoria objetiva segue duas vertentes: uma formal e outra material.

Para a teoria objetivo-formal, autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrerem para essa infração penal, mas que não realizam a conduta expressada pelo verbo existente no tipo, serão considerados partícipes.

A teoria objetivo-material, como assevera Jescheck, buscou suprir os defeitos da teoria objetivo-formal, “oferecendo um complemento mediante a perspectiva da maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor ao fato em comparação com a do cúmplice”, ou, como assevera Damásio, a teoria objetivo-material “distingue autor de partícipe pela maior contribuição do primeiro na causação do resultado”.

Conceito extensivo de autor:

O conceito extensivo de autor encontra-se numa situação diametralmente oposta à do conceito restritivo. Os adeptos do conceito extensivo não fazem distinção entre autores e partícipes. Todos aqueles que, de alguma forma, colaboram para a prática do fato, são considerados autores.

Mas, como bem frisou Jescheck, “se autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente, porque ambas são equivalentes desde um prisma causal, somente resta a possibilidade de buscar a distinção num critério subjetivo”. Por essa razão, o conceito extensivo de autor segue atrelado à teoria subjetiva da participação.

Para a teoria subjetiva, o autor estaria realizando a conduta como o protagonista da história. Já o partícipe, não querendo o fato como próprio, mas sim como alheio, exerce um papel secundário, sempre acessório.

Tal distinção pode, em algumas situações, tornar-se equívoca, quando, por exemplo, um matador de aluguel causa a morte da vítima não porque desejava a sua morte, mas sim porque fora pago para tanto.

Teoria do Domínio do Fato:

Ocupando posição intermediária entre as teorias objetiva e subjetiva, surge, em 1939, pela cátedra de Hans Welzel, a teoria do domínio do fato.

Para Welzel, a característica geral do autor é o domínio final sobre o fato.

A teoria do domínio do fato é considerada objetivo-subjetiva. Aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal tem o poder de decidir se irá até o fim com o plano criminoso, ou, em virtude de seu domínio sobre o fato, isto é, em razão de ser o senhor de sua conduta, pode deixar de lado a empreitada criminosa.

A teoria do domínio do funcional do fato, adotada por um grande número de doutrinadores, resolve o problema com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas.

Quando nos referimos ao domínio do fato, não estamos querendo dizer que o agente deve ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas sim que, com relação à parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal.

Nilo Batista, com autoridade, depois de afirmar que a ideia de divisão de tarefas de trabalho é fundamental ao conceito de coautoria, dissertando sobre o domínio do fato, aduz: “Só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio ‘integral’ do fato, do qual tocaria a cada coautor certa fração. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos, ‘através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato”.

Co-autoria:

Na lapidar lição de Welzel, “a co-autoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito”.

Dentro do conceito de divisão de tarefas, serão coautores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que

todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo.

Essa divisão de trabalho reforça a idéia de domínio funcional do fato. Isto porque cada agente terá o domínio no que diz respeito à função que lhe fora confiada pelo grupo. Com relação a essa função, que deverá ter importância na realização da infração penal, o agente é o senhor de suas decisões, e a parte que lhe toca terá importância no todo.

Em última palavra, podemos falar em co-autoria quando houver a reunião de vários autores, cada qual com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, de acordo com o critério de divisão de tarefas.

Autoria Direta e Indireta:

Autor pode ser aquele que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor; ou poderá ser, também, aquele que se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireto ou mediato.

Não resta dúvida de que o que executa a conduta narrada pelo tipo penal deve, por excelência, ser considerado autor daquele fato.

Na precisa lição de Wessels, “autor mediato é quem comete o fato punível ‘por meio de outra pessoa’, ou seja, realiza o tipo legal de um delito comissivo doloso de modo tal que, ao levar a cabo a ação típica, faz com que atue para ele um ‘intermediário’ na forma de um instrumento”.

Nesse caso, para que se possa falar em autoria indireta ou mediata, será preciso que o agente detenha o controle da situação, isto é, que tenha o domínio do fato. Nosso Código Penal prevê expressamente quatro casos de autoria mediata, a saber:

- a) erro determinado por terceiro (art. 20, §2º do CP)
- b) coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do CP)
- c) obediência hierárquica (art. 22, segunda parte, do CP)
- d) caso de instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, III, segunda parte, do CP)

Como exemplo de erro determinado por terceiro poderíamos citar o caso da enfermeira que aplica em um paciente, a pedido do médico, injeção contendo veneno letal, sem saber o seu conteúdo. O médico, que havia preparado a injeção e determinado a sua aplicação no paciente, porque queria a sua morte, é autor mediato do crime de homicídio.

Se alguém, em virtude de uma coação a que não podia resistir ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, vier a praticar uma infração penal, somente será punível o autor da coação ou da ordem.

Existe a possibilidade, ainda, de o agente se valer de inimputáveis (doentes mentais ou menores) para o cometimento de infrações penais. Se, por exemplo, o agente, entregando uma arma a um doente mental, faz com que este atire em direção à vítima, causando-lhe a morte, será responsabilizado a título de autor mediato.

Discordando dessa última posição, Zaffaroni e Pierangeli aduzem que: “nos casos em que só existe uma mera ausência de reprovabilidade do injusto não dão ao determinador o domínio do fato, porque o único que dá a ele configuração central é o autor do injusto. Aí, o determinador conta apenas com uma

probabilidade de que o interposto cometa o injusto. O que acontece depois de sua sugestão já não está em suas mãos”.

Autoria mediata e crimes de mão própria:

Crime próprio é aquele que só pode ser praticado por um grupo determinado de pessoas, que gozem de uma qualidade ou condição especial exigida pelo tipo penal. Contudo, há outros tipos penais que, embora também exigindo certas qualidades ou condições especiais, vão mais adiante. Para a sua caracterização é preciso que o sujeito ativo, expresso no tipo penal, pratique a conduta pessoalmente. Em razão desse fato é que tais infrações penais são conhecidas como de mão própria ou de atuação pessoal, visto possuírem essa natureza personalíssima.

Há, portanto, distinção entre crime próprio e crime de mão própria. Antes de respondermos à indagação se é possível falar em autoria mediata em crimes de mão própria, é preciso saber se há essa possibilidade sendo tão-somente próprio o delito. Entendemos ser perfeitamente possível a autoria mediata em crimes próprios, desde que o autor mediato possua as qualidades ou condições especiais exigidas pelo tipo penal.

Embora seja possível falar em autoria mediata nos crimes próprios, haverá essa possibilidade, também, naqueles considerados de mão própria? A resposta é negativa. Isso porque, por serem crimes de atuação pessoal, autor será somente aquele que vier a praticar a conduta prevista no núcleo do tipo penal. Não se cogita de autoria mediata porque a execução dos crimes de mão própria não pode ser transferida a ninguém.

Autor intelectual → pode acontecer, inclusive, que ao autor intelectual não seja atribuída qualquer função executiva do plano criminoso por ele pensado, o que não afasta, contudo, o seu status de autor. Pelo contrário. Pela teoria do domínio do fato, percebe-se, com clareza, a sua importância para o sucesso da infração penal. O art. 62, I, do CP diz que a pena será ainda agravada em relação ao agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

Autoria colateral, autoria incerta e autoria desconhecida:

Fala-se em autoria colateral quando dois agentes, embora convergindo as suas condutas para a prática de determinado fato criminoso, não atuam unidos pelo liame subjetivo. No exemplo clássico, suponhamos que A e B queiram a morte de C. Por mera coincidência, os dois se colocam de emboscada, aguardando a vítima passar. Quando avistam a presença de C, os dois atiram, no mesmo instante, sem que um soubesse da presença do outro naquele local.

Tomando por base o exemplo fornecido, imaginemos as seguintes hipóteses:

1) A perícia identifica que a morte de C foi ocasionada pelo disparo efetuado por A. Este responderá por homicídio consumado e B por tentativa de homicídio.

2) A perícia não consegue identificar quem efetuou o disparo que veio a causar a morte da vítima. Ambos serão responsabilizados por tentativa de homicídio, uma vez que, não conseguindo apurar o autor do resultado morte, não podem os agentes responder pelo resultado mais grave, uma vez que um deles

estaria sendo responsabilizado por um fato que não cometeu.

Pode acontecer, contudo, que saibamos os autores dos disparos, como no caso acima em que A e B atiraram em direção a C, mas, mesmo assim, não conseguimos identificar o autor do disparo que levou a vítima à morte. Existe a autoria colateral, haja vista que não atuaram unidos pelo vínculo psicológico. Dessa autoria colateral surgirá uma outra, chamada autoria incerta. Sabe-se quais são os possíveis autores, mas não se consegue concluir, com a certeza exigida pelo Direito Penal, quem foi o produtor do resultado. Daí dizer-se que a autoria é incerta.

Quando não se conhece a autoria, ou seja, quando não se faz idéia de quem teria causado ou ao menos tentado praticar a infração penal, surge uma outra espécie de autoria, chamada agora de desconhecida. Esta forma de autoria difere da incerta, visto que nesta última sabe-se quem praticou as condutas, sendo que somente não se conhece, com precisão, o produtor do resultado. Na autoria desconhecida, os autores é que não são conhecidos, não se podendo imputar os fatos a qualquer pessoa.

Autoria de escritório → Zaffaroni e Pierangeli dissertam sobre uma outra modalidade de autoria, chamada autoria de escritório. Essa nova modalidade de autoria, tida como mediata pelos renomados autores “pressupõe uma ‘máquina de poder”.

Embora tratada como autoria mediata, o fato de alguém cumprir as ordens de um grupo criminoso extremamente organizado não o reduz à condição de mero instrumento, tal como nos casos em que se pode falar em autoria mediata. Aquele que executa as ordens emanadas pelo “cabeça da organização” o faz tendo o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído. Não pode ser considerado simples instrumento, o que faria, na concepção de Zaffaroni e Pierangeli, que fosse considerado como caso de uma autoria mediata especial.

PARTICIPAÇÃO:

Se a autoria é sempre atividade principal, participação será sempre uma atividade acessória, dependente da principal.

Para que se possa falar em partícipe é preciso, necessariamente, que exista um autor do fato. Sem este, não há possibilidade daquele, pois que, conforme determina o art. 31 do CP, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, e, como sabemos, somente o autor pode chegar à fase do *conatus* (tentativa) de determinada infração penal, e, se isso não acontece, a conduta do partícipe não poderá ser punida pelo direito penal.

Como atividade acessória, a participação pode ser moral ou material.

Diz-se moral a participação nos casos de induzimento (que é tratado pelo Código Penal como determinação) e instigação. Material seria a participação por cumplicidade (prestação de auxílios materiais).

Induzir ou determinar é criar, incutir, colocar, fazer brotar a idéia criminosa da cabeça do agente/autor. A participação por instigação, por sua vez, limita-se a reforçar, estimular uma idéia criminosa já existente na mente do autor. A função do partícipe, com a sua instigação, é fazer com que o agente fortaleça a sua intenção delitiva. Na cumplicidade ou prestação de auxílios materiais, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal.

Teoria sobre a participação:

Para saber quando aquele que exerce um papel secundário e auxiliar na prática do fato cometido pelo

autor poderá ser punido, é preciso optar por uma das teorias que disputam o tratamento da acessoriedade da participação, saber:

A Teoria da Acessoriedade Limitada, adotada entre nós, pune a participação se o autor tiver levado a efeito uma conduta típica e ilícita. Portanto, para esta teoria, adotada pela maioria dos doutrinadores, é preciso que o autor tenha cometido um injusto penal, mesmo que não seja culpável, para que o partícipe possa ser penalmente responsabilizado.

Instigação a autores e a fatos determinados → quando falamos em instigação ou em induzimento, estamos querendo dizer que o partícipe estimulou ou incutiu uma ideia de um fato criminoso determinado na mente de um agente também determinado. A conduta dolosa do partícipe deve dirigir-se a contribuir, acessoriamente, à prática de determinada infração penal, que será levada a efeito por uma ou várias pessoas também determinadas.

Caso o agente venha a incitar publicamente pessoas indeterminadas à prática de crime, não será considerado partícipe, mas sim, autor do delito de incitação ao crime, tipificado no art. 286 do CP.

Participação punível. Desistência voluntária e arrependimento eficaz do autor:

A desistência voluntária, bem como o arrependimento eficaz, são institutos dirigidos aos autores das infrações penais. Isso porque somente o autor pode praticar atos de execução e, durante a sua prática, pode desistir de neles prosseguir ou, mesmo depois de tê-los esgotados, pode arrepender-se e tentar evitar a produção do resultado por ele pretendido inicialmente.

Agora, como fica a situação do partícipe que induziu, estimulou ou auxiliou materialmente o autor ao cometimento da infração penal? Ou, melhor dizendo, os efeitos da desistência voluntária do autor, ou do seu arrependimento eficaz, também alcançam o partícipe? Esther de Figueiredo Ferraz diz “se o executor desiste voluntariamente da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, responderá apenas pelos atos já praticados (art. 13), beneficiando-se dessa circunstância inteiramente alheia às respectivas vontades os vários partícipes, uma vez que a isso conduz a doutrina unitária do concurso acolhida pelo art. 25”. No mesmo sentido é a posição de Nilo Batista.

Em que pese a autoridade dos autores, ousamos discordar do posicionamento por eles assumido. Isso porque quando o autor ingressa na fase dos atos de execução, almejando consumir a infração penal por ele pretendida, tal fato, segundo entendemos, já é suficiente a fim de possibilitar a punição do partícipe. Se não houvesse tais institutos (desistência voluntária e arrependimento eficaz), teria o autor de responder pelo *conatus* (tentativa). Assim, o benefício trazido pelo art. 15 do CP é pessoal, sendo, portanto, intransferível ao partícipe que agiu com dolo de induzir, instigar ou auxiliar o autor a prática de um fato determinado contra uma vítima também determinada.

Embora sejamos adeptos, também, da teoria da acessoriedade limitada, entendemos que nas hipóteses de desistência voluntária ou de arrependimento eficaz do autor o partícipe não será beneficiado com a regra contida no art. 15 do CP, uma vez que, ao ser iniciada a execução, ali nasceu a possibilidade de se punir o partícipe.

Em que pese o raciocínio de Esther Ferraz, alegando a adoção, pelo Código Penal, da teoria unitária ou monista, não podemos tê-la como óbice, haja vista que o próprio Código a excepciona em diversas

passagens, a exemplo do §2º do art. 29, o que levou João Mestieria concluir que o legislador adotou uma “teoria unitária temperada”.

Participação de menor importância → O §1º do art. 29 do CP diz que se “a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. No Código Penal de 1940, a participação de menor importância era tratada como circunstância atenuante. Com a reforma da parte geral do Código Penal, a participação de menor importância passou a ser reconhecida como causa geral de diminuição de pena, variando essa diminuição entre um sexto e um terço. Não se trata, no entanto, de uma redução facultativa, mas de uma causa de diminuição obrigatória de pena, desde que fique evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe para a realização do fato típico.

Participação em crime menos grave (desvio subjetivo de conduta) COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA → O §2º do art. 29 do CP preconiza: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Verifica-se, pela redação do §2º do art. 29 do CP, a quebra da chamada teoria monista ou unitária, na qual a mesma infração penal é distribuída por todos aqueles que concorreram para a sua prática, sejam autores ou partícipes.

Pelo que se deduz do mencionado parágrafo, o legislador pretendeu punir os concorrentes nos limites impostos pela finalidade de sua conduta, ou seja, se queria concorrer para o cometimento de determinada infração penal, se o seu dolo era voltado no sentido de cooperar e praticar determinado crime, não poderá responder pelo desvio subjetivo de conduta atribuído ao autor executor.

Merece destaque o fato de que o §2º do art. 29 do CP permite tal raciocínio tanto nos casos de co-autoria como nos de participação (moral e material). O parágrafo começa a sua redação fazendo menção a “alguns dos concorrentes”, não limitando a sua aplicação tão-somente aos partícipes.

Deve ser frisado, portanto, que a expressão “quis participar de crime menos grave” não diz respeito exclusivamente à participação em sentido estrito, envolvendo somente os casos de instigação e cumplicidade, mas sim em sentido amplo, abrangendo todos aqueles que, de qualquer modo, concorrerem para o crime, estando aí incluídos autores (ou co-autores) e partícipes.

Punibilidade no concurso de pessoas:

Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, diz o caput do art. 29 do CP, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A expressão ‘na medida de sua culpabilidade’ foi introduzida pela reforma da parte geral do Código Penal. Culpabilidade quer significar juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta do agente.

Com maestria, disserta Alberto Silva Franco: “A alteração de relevo, contida no art. 29 da PG/84, é o acréscimo, após a admissão da teoria unitária, da locução: ‘na medida de sua culpabilidade’. O que isto quer significar? Antes de mais nada, uma posição de coerência, em relação à idéia-força da reforma penal: a

introdução do princípio do *nullum crimen sine culpa*, em matéria de concurso de pessoas. Depois, o reconhecimento de que a sanção punitiva, em concreto, deve ser aplicada, em relação a cada concorrente, de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada um”.

Circunstâncias incommunicáveis:

O art. 30 do CP diz que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

A regra, como se percebe, é a da incommunicabilidade, entre os co-participantes (coautores e partícipes), das circunstâncias, bem como das condições de caráter pessoal, sendo excepcionada quando se tratar de elementares do crime.

Circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. Ao contrário, as elementares são dados essenciais à figura típica, sem os quais ou ocorre uma atipicidade absoluta, ou uma atipicidade relativa. Com a atipicidade absoluta, o fato praticado pelo agente torna-se um indiferente penal; já os casos de atipicidade absoluta nos conduzem à chamada desclassificação.

Na hipótese de crime contra a Administração Pública, por exemplo, sendo a qualidade de servidor público uma elementar, de acordo com a parte final do art. 30 do CP, será estendida ao coparticipante que, dela tendo conhecimento, responderá, mesmo sendo um extraneus (pessoa estranha à Administração Pública), pelo mesmo crime cometido pelo intraneus (funcionário público).

Nesse sentido, já decidiu o STJ, tendo como relator o Min. Cernicchiaro: “O peculato é crime próprio, no tocante ao sujeito ativo; indispensável a qualificação – Funcionário público. Admissível, contudo, o concurso de pessoas, inclusive quanto ao estranho ao serviço público. Não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Merece ser destacada, contudo, a diferença existente entre as circunstâncias de natureza objetiva e aquelas de natureza subjetiva. Objetivas, materiais ou reais são as circunstâncias que, na lição de Alberto Silva Franco, “se relacionam com o fato delituoso em sua materialidade (modos de execução, uso de determinados instrumentos, tempo, ocasião, lugar, qualidades da vítima, etc.)”. Tais circunstâncias se comunicam se ingressarem na esfera de conhecimento dos coparticipantes.

Subjetivas ou pessoais são aquelas que dizem respeito à pessoa do agente, não tendo qualquer relação, como diz Damásio de Jesus, “com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes”. As circunstâncias de natureza subjetiva não se comunicam aos coparticipantes, a não ser que se transformem em elemento do tipo penal, ou seja, de simples dado periférico, passe a ser um dado essencial à figura típica. Deverá, ainda, para que seja estendida, ingressar na esfera de conhecimento dos coparticipantes.

Concurso de pessoas em crimes culposos:

A coautoria e a participação, como regra, são institutos perfeitamente aplicáveis aos delitos culposos. Contudo, no que diz respeito aos delitos de natureza culposa, existe controvérsia no meio acadêmico.

Embora exista divergência doutrinária, duas situações devem ser analisadas separadamente, a saber:

- a) coautoria em delitos culposos
- b) participação em delitos culposos

Coautoria em delitos culposos → embora exista controvérsia doutrinária, a tendência contemporânea é a de aceitar a coautoria em delitos culposos. Duas pessoas podem, em um ato conjunto, deixar de observar o dever objetivo de cuidado, que lhes cabia e, com a união de suas condutas, virem a produzir um resultado lesivo.

Suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. A ação única e o resultado foram praticados por duas pessoas, que uniram seus esforços e vontades, resultando assim em coautoria. Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão.

É evidente que o vínculo de natureza psicológica que liga as várias condutas ao resultado comum será diverso conforme se trate de crimes dolosos ou culposos. Nem por isso, entretanto, deixará de haver nesses últimos aquela coincidência ou confluência de vontades exigida para a caracterização do concurso. Será um concurso subjetivo de vontades, embora os agentes não atuem no sentido de, intencionalmente, alcançar o resultado.

Tratando-se de coautoria em delitos culposos, cada um dos agentes coparticipantes, deixando de observar o dever objetivo de cuidado que lhes cabia, auxilia os demais a praticar o ato comum que venha a causar o dano previsível a todos eles.