

O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático*

The so-called unitary concept of perpetrator in criminal law: criticism of a dogmatic monster

Bernd Schünemann 

Resumo: No texto, empreende-se uma análise crítica do chamado conceito unitário de autoria no Direito Penal. Em primeiro lugar, realizam-se esforços no sentido de esclarecer o que se entende por conceito unitário de autoria, especialmente à luz do ordenamento jurídico-penal austríaco e da Lei de Contraordenações alemã, em contraposição ao Código Penal da Alemanha, que adota um conceito diferenciador. Conclui-se que o conceito unitário de autoria representa apenas uma designação tautológica para autoria e participação, como mero veículo de atribuição da mesma consequência jurídica que se confere à autoria em sentido estrito à participação *stricto sensu*. Na sequência, a partir da discussão de casos hipotéticos, são demonstradas e criticadas as consequências jurídicas da adoção de um conceito unitário de autoria. As principais são o esvaziamento do conceito de autor e a pobreza categorial que impossibilita apreender como diferentes formas de intervenção no delito as diferentes estruturas de um evento lesivo de um bem jurídico no qual participam mais de uma pessoa. Ao final, discutem-se criticamente algumas manifestações da concepção unitária na legislação e na jurisprudência alemãs.

Palavras-chave: autoria; participação; conceito unitário de autoria; Código Penal austríaco.

Abstract: The text undertakes a critical analysis of the so-called unitary concept of perpetrator in Criminal Law. First, efforts are made to clarify what is meant by the unitary concept of perpetrator, especially in the light of the Austrian criminal law and the German Administrative Offenses Act, as opposed to the German Penal Code, which adopts a non-unitary concept. The conclusion is that the unitary concept of perpetrator represents only a tautological designation for principal offender and accessory, as a mere vehicle for submitting the accessory to the same legal consequence imposed on the principal offender. Following, from the discussion of hypothetical cases, the legal consequences of embracing a unitary concept of perpetrator are demonstrated and criticized. The main ones are the hollowness of

* Publicação original: Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht – Kritik eines dogmatischen Monstrums. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 167, p. 224-231, 2020. Tradução de **Adriano Teixeira**.

the concept of perpetrator and the categorical poverty that makes it impossible to apprehend as different forms of intervention in the crime the different structures of an event that is harmful to a legal interest and in which more than one person participates. At the end, certain manifestations of the unitary conception in German legislation and jurisprudence are critically discussed.

Keywords: principal offender; accessory; unitary concept of perpetrator; Austrian Penal Code.

Sumário: Introdução e esclarecimentos conceituais; 1 Crítica das diferentes consequências jurídicas; 2 As tentações do conceito extensivo de autor para o legislador alemão e os pecados da jurisprudência alemã; Conclusão; Referências.

Introdução e esclarecimentos conceituais

É uma tarefa intricada determinar o que, em realidade, se entende por conceito unitário de autoria. A resposta a essa pergunta deve começar não pelas definições da Parte Geral do Código Penal, mas sim pelas normas da Parte Especial. Isso porque apenas estas determinam o que é punível mediante a descrição da ação criminosa e somente elas devem e podem cumprir a tarefa de “determinação legal da punibilidade” de que fala o art. 103 II GG (*Grundgesetz* – Lei Fundamental alemã)¹. O tipo penal descreve o fato; o sujeito desse fato é o autor. Com isso fica estabelecido que pessoas que não realizam esses fatos descritos no tipo, mas que apenas instigam o autor para a prática do fato ou lhe prestam auxílio, não são autores dos delitos da Parte Especial. Caso o legislador, a fim de incrementar a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral intimidadora, anseie por ver também essas pessoas punidas, e não esteja disposto a esperar uma violação da proibição de analogia por parte da jurisprudência, deve estabelecer, na Parte Geral, dispositivos próprios, em forma de normas de remissão válidas para todos os delitos da Parte Especial. Esse desiderato foi cumprido no StGB (*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão) por meio da adicional penalização da instigação (*Anstiftung*) e da cumplicidade (*Beihilfe*) nos §§ 26 e 27. No öStGB (*österreichische Strafgesetzbuch* – Código Penal austríaco), isso é feito no § 12, em que se distingue entre autor imediato, que executa a ação delitiva; o que instiga ou determina o autor ao crime (certamente o instigador, talvez o autor mediato na nomenclatura do StGB?); e o que contribui para o fato típico (na linguagem do StGB, o cúmplice, talvez também o coautor?), todos os três são chamados de concorrentes (*Begehenden*). Nessa regra, portanto, está embutida uma remissão – referida às

1 Nota do tradutor (NT): Art. 103 II GG: “Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento” (*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*).

consequências jurídicas – às normas da Parte Especial, remissão essa, contudo, constricta na contraditória rubrica “tratamento de todos os intervenientes como autores”. Isso porque se o conceito “todos intervenientes” deve abranger os três grupos, então a designação do autor imediato como autor do crime é tautológica. Além disso, tratá-lo como “autor” *stricto sensu* é incorreto, pois ele próprio realiza diretamente o tipo penal, sem necessidade de remissão a uma norma da Parte Geral para verificar a tipicidade de sua conduta. Caso a lei austríaca tenha querido referir-se apenas aos outros dois grupos, então a denominação “todos” seria incorreta. Não obstante, o § 12 öStGB diferencia claramente entre diversas formas de intervenção delitiva. Assim, essa regra seria mais bem caracterizada pela expressão “idênticas consequências jurídicas para autoria e participação” do que pelo equívoco conceito unitário de autoria.

Ainda menos clara é a questão se a formulação contida no § 14 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz* – Lei de Contraordenações)² poderia ser enquadrada no conceito unitário de autoria. A expressão constante dessa norma – “participação de vários em uma contraordenação” – obviamente pressupõe que já exista uma contraordenação (ou seja, um fato ilícito punível com multa e, consequentemente, um autor) e que sobrevenha a participação de outras pessoas. Diferentemente do § 12 öStGB, não se define, porém, o que é uma “participação”. Assim, é necessário, *faute de mieux*, recorrer às regras dos § 25 e seguintes do StGB. O legislador partiu dessa premissa, tendo aduzido que, “para o conceito de participação [...] restam apenas as tradicionais formas de autoria e participação em sentido estrito, quais sejam, as autorias imediata e mediata, a coautoria, a instigação e a cumplicidade”³. Conforme a opinião legislativa, a principal vantagem do “conceito unitário amplo de autoria”⁴ do § 14 OWiG seria de ter “simplificado de maneira relevante a aplicação do Direito, (pois) [...] os órgãos competentes se veem livres da frequentemente difícil tarefa de determinar se a intervenção ilícita classifica-se como autoria ou apenas como participação em uma infração praticada por outrem”⁵. No entanto, com isso se ignora que a simplificação apenas se refere ao veredito da decisão que estabelece a sanção pecuniária. Por outro lado, para responder à questão substancial relativa à extensão da proibição de

2 NT: A parte relevante, para os propósitos do texto, da norma a que o autor se refere é §14 OWiG I, primeira frase: “Se várias pessoas participam de uma contraordenação, cada uma delas age contraordenacionalmente” (*Beteiligten sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, so handelt jeder von ihnen ordnungswidrig*).

3 Assim a fundamentação do Projeto Governamental da Lei de Contraordenações (OWiG) de 1969, BT-Dr V/1269, p. 49.

4 *Ibidem*, p. 47 à direita abaixo, 48 à esquerda abaixo.

5 *Ibidem*, p. 48 à direita acima.

intervenção, é preciso antes esclarecer se se está diante de um fato ilícito descrito nas normas especiais nas quais se cominam as multas. Em outras palavras, é preciso clarificar anteriormente se se verifica uma realização direta do tipo contraordenacional ou se estão realizados os pressupostos das (não mencionadas expressamente na OWiG, mas implícitas) formas de intervenção da instigação ou da cumplicidade (auxílio).

O conceito unitário de autoria representa, portanto, apenas uma designação tautológica para autoria e participação, como veículo de atribuição da mesma consequência jurídica que se confere à autoria em sentido estrito à participação *stricto sensu*. Esse desvelamento não é apenas uma filigrana terminológica, mas sim deriva da natureza (normológica) das coisas: os tipos da Parte Especial estabelecem os pressupostos da autoria e a punibilidade (penal ou administrativa) do instigador, bem como do cúmplice, só pode ser fundamentada nas categorias jurídicas da instigação e da cumplicidade, que, por sua vez, não se encontram previstas nos tipos em espécie⁶.

1 Crítica das diferentes consequências jurídicas

Posto que meras diferenças na formulação (por exemplo: instigador ou autor-determinador) são, em última análise, irrelevantes, a questão decisiva diz respeito a como se devem avaliar as diferenças relativas às consequências jurídicas. E uma questão preliminar diz com a extensão em que as consequências jurídicas se manifestam. Enquanto essa questão preliminar mal foi investigada no Direito Contraordenacional, tampouco esclarecida⁷, a dogmática austríaca oferece conhecimentos ricos e aprofundados sobre o tema.

A equivalência entre participação em sentido estrito e autoria faz com que, primeiro, decaia a causa de diminuição de pena da cumplicidade prevista no § 27 II 2 StGB; além disso, deixa de existir a restrição da punibilidade da insti-

6 De forma pertinente já CRAMER, *NJW* 1969, 1929 ss.; cf., ainda com várias outras referências, RENGIER, *KK-OWiG*, § 14, nm. 3.

7 Mesmo um apoiador do conceito como TRUNK, *Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale*, p. 152, deve conceder que as questões dogmáticas do § 14 OWiG em boa medida não estão esclarecidas. BGHSt 31, 309 teve que esclarecer que não é possível participação em um ato comissivo culposo, sem adentrar na questão da autoria mediata que se mostrava presente (a qual possivelmente malogra pela natureza da infração em tela enquanto delito especial do homem-da-frente) – ao passo que a doutrina dominante na Áustria não vê nenhum problema em admitir uma autoria por determinação (instigação) em relação a uma ação principal culposa, v. KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht AT*, E 4, nm 25; FUCHS/ZERBES, *Strafrecht AT I*, cap. 33, nm 6.

gação tentada a crimes em sentido estrito (*Verbrechen*)⁸ (§ 30 StGB), conforme § 15 II öStGB. É verdade que o auxílio tentado não é mencionado nesse dispositivo e, por isso, de acordo com a opinião geral na Áustria, não é punível por força de um argumento *a contrario*⁹. Contudo, não se pode negar que a ideia de um conceito unitário de autoria, derivada de um interesse formal por uma “solução clara e fácil”¹⁰, leva a uma equiparação material de formas de intervenção “muito distantes e subordinadas”¹¹ à central violação do bem jurídico objeto do tipo penal. Assim, esse conceito não só fica a dever uma graduação no *quantum* da pena que corresponda aos diferentes níveis de responsabilidade, mas também, ao final, obscurece o fundamento teleológico da autoria. Como elemento comum do conceito unitário de autoria, como mostrarão os exemplos seguintes, sobra apenas a causalidade. Com isso a dogmática do delito é catapultada em quase 50 anos de volta à época do monismo causalista¹². Do ponto de vista da finalidade do Direito Penal, que é evitar a lesão de bens jurídicos, os destinatários da norma penal devem ser, em primeiro lugar, aquelas pessoas a que toca a decisão relevante de lesionar o bem jurídico ou de evitar fazê-lo. Concomitantemente, essa regra de natureza utilitarista confirma-se também no plano da legitimação da pena perante o acusado (na terminologia da filosofia moral, no plano deontológico). Quem leva a cabo a decisão relevante de lesão do bem jurídico carrega a responsabilidade para tanto e não tem razão para se sentir injustiçado quando lhe recai todo o peso da sanção penal, a qual não raro extrapola a medida da mera retribuição, representando um *overkill*. Esse raciocínio desempenha um papel importante na determinação da amplitude do comportamento proibido sob ameaça de pena, ou seja, na extensão da punibilidade às fases de tentativa e de atos preparatórios. A importância central do critério da decisão relevante manifesta-se também na distinção entre dolo e culpa. Isso porque, ao passo que o autor doloso possui uma visão geral de todo o acontecimento e, agindo, decide por lesionar o bem jurídico, o autor culposo não dirige finalisticamente os acontecimentos no sentido da lesão do bem jurídico, mas sim deixa as coisas acontecerem ao seu próprio sabor.

8 NT: O § 12 StGB prevê a distinção de tratamento para *Verbrechen*, que são fatos ilícitos puníveis com pena privativa de liberdade de, no mínimo, um ano ou superior, e *Vergehen*, puníveis com penas privativas de liberdade menores ou com multa.

9 KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht AT*, E 6, nm 36; STEININGER, *Salzburger Kommentar zum StGB*, § 12, nm 118; FABRIZY, *WK-StGB*, § 12, nm 108.

10 FABRIZY, *WK-StGB*, § 12, nm 1.

11 FABRIZY, *WK-StGB*, § 12, nm 3.

12 Sobre isso WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 29 ss.; SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p. 19 ss.

A delimitação entre as pessoas que tomam a decisão relevante sobre a ocorrência da lesão do bem jurídico, e outras, intervenientes periféricos, é em princípio igual – e simplesmente fácil (sendo que esse princípio não é em nada comprometido pela “dor do limite” que repousa sobre toda distinção, ou seja, pelas dificuldades de delimitação de todas as transições que se apresentam na realidade, motivo pelo qual é um erro metodológico fundamental prescindir totalmente de distinções apenas para fins de simplificação): quem ativamente configura e domina os acontecimentos que desembocam na lesão do bem jurídico e, neste contexto, não se submete à vontade de terceiros, possui o domínio do fato e, por isso, carrega toda e primária responsabilidade pela lesão do bem jurídico. O instigador e o cúmplice não são responsáveis por essa decisão, pois deixam a realização do fato delituoso a cargo do autor¹³.

Nesse ponto, então, revela-se a dupla e central insuficiência do conceito unitário de autoria: o *esvaziamento* do conceito de autor e, ligada a isso, a *pobreza categorial* que lhe impossibilita apreender como diferentes formas de intervenção no delito as diferentes estruturas de um evento lesivo de um bem jurídico no qual participam mais de uma pessoa. As formas de intervenção que o § 12 öStGB distingue são a execução imediata, a determinação de outrem para a execução imediata e a contribuição para a execução, ou seja, são três. Os §§ 25 a 27 StGB, por sua vez, diferenciam cinco formas de intervenção, a saber: além da autoria direta ou imediata também a autoria mediata e a coautoria. Eu gostaria de demonstrar, por meio de dois casos, que essa diferenciação é necessária para uma segmentação da imputação jurídico-penal adequada às finalidades do Direito Penal. O tratamento jurídico desses dois casos é unívoco e adequado segundo o StGB. À luz do öStGB, todavia, a solução se mostra obscura e resulta em uma total inversão de valores.

Caso 1: Dois terroristas combinam assassinar o Primeiro-Ministro por meio de disparo de arma de fogo. Eles sabem que ele pratica *jogging* toda manhã nas margens do rio que corta a capital do país. No entanto, nunca é possível prever qual das margens ele escolhe para realizar sua corrida matinal. A já decidira, em determinada data, esconder-se atrás de um arbusto localizado na margem esquerda do rio para disparar contra o Primeiro-Ministro quando este passasse. B combina com A que ele igualmente estará à espreita na margem direita do rio. O Primeiro-Ministro escolhe a margem esquerda e é morto pelo disparo de A.

13 Motivo pelo qual avolumam-se as críticas à equivalência sancionatória entre instigação e autoria (§ 26 StGB), v. ROXIN, *Strafrecht* AT II, 2006, § 25, nm 3; SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, § 26, nm. 15.

Conforme o § 25 II StGB, B seria punido como coautor de A, porque o plano comum previa um trabalho conjunto e, por isso, deve se imputar a B, como sua, a contribuição delitiva de A, conforme determina a lei. Embora a coautoria seja vista pela jurisprudência e pela doutrina austríacas como um subcaso de autoria direta não previsto expressamente na lei¹⁴, dificilmente B poderia ser qualificado como autor direto, segundo o § 12 öStGB, devido ao fato de ele não ter realizado uma contribuição causal efetiva para o crime. Ele não pode, todavia, ser considerado cúmplice, pois para isso seria necessário verificar um nexo de causalidade entre o ato de cumplicidade e o crime do autor principal, no sentido de que o delito não poderia ser cometido de maneira concreta sem a contribuição do cúmplice¹⁵. Pelo fato de que A já estava decidido a ficar à espreita na margem esquerda, a participação de B não pode ser considerada uma contribuição causal nesse sentido. Sequer poder-se-ia afirmar a punibilidade de B por tentativa, pois, de acordo com o § 15 II öStGB, é necessário que o agente realize uma ação imediatamente anterior à execução do crime, o que não seria o caso de um mero esconder-se no arbusto, mas sim, por exemplo, o entregar a arma antes do disparo.

Caso 2, uma variação do caso da sopa envenenada, famoso na Áustria¹⁶: o inimputável C, que sofre de deficiência cognitiva, é empregado do Primeiro-Ministro e lhe serve sopa sempre ao meio-dia. Tendo seu chefe o xingado de forma veemente, C decide matá-lo com veneno, colocando um pó em sua sopa. C pensa que o pó é fatalmente venenoso, mas, na verdade, é inofensivo. O seu amigo D, a quem contou o plano, troca o pó em posse de C, sem este saber, por um veneno fatal e até abandona a cidade, para não levantar suspeitas sobre si. C, no entanto, não chega a servir a sopa, porque foi antes retirado de seu posto por outros motivos.

De acordo com o Direito austríaco, seria de se considerar apenas cumplicidade por parte de D, que, porém, é impunível de acordo com o § 15 II öStGB. Imagine-se modificar o caso no seguinte sentido: C era completamente imputável e D queria convencê-lo a envenenar o Primeiro-Ministro; esse anseio foi imediatamente rechaçado por C. Nesse caso, D seria punível por tentativa de homicídio, como instigador, de acordo com o § 15 II öStGB.

14 FABRIZY, *WK-StGB*, § 12, nm 23 ss.; KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht AT*, E 3, nm. 5; STEININGER, *Salzburger Kommentar zum StGB*, § 12, nm 50.

15 STEININGER, *Salzburger Kommentar zum StGB*, § 12, nm. 98 ss.

16 KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht AT*, E 4, nm. 24 ss.

Em ambos os casos, as singelas três categorias existentes no Direito austríaco, ancoradas no conceito unitário de autoria, conduzem a uma contradição entre a aplicação da sanção penal (ou sua renúncia) e o desvalor das condutas medido desde a perspectiva da proteção de bens jurídicos. Essa relação contraditória viola o princípio da igualdade. No caso dos terroristas, a divisão de tarefas entre A e B garantiu que o planejado ataque fatal ao Primeiro-Ministro tivesse êxito em qualquer hipótese (ou seja, domínio conjunto *ex ante* dos acontecimentos por meio de divisão de tarefas); e é mero acaso o fato de que o Primeiro-Ministro, naquela manhã, tenha escolhido a margem esquerda e não a direita para realizar sua corrida. Por isso, a contribuição delitiva de B não é mais causal no estágio de execução, motivo pelo qual ela não é capaz de ser bem compreendida em um sistema que concebe a coautoria apenas como um subcaso da autoria direta. No caso da sopa envenenada, o quadro é semelhante: a autoria mediata não é tratada como forma autônoma de autoria, caracterizada pelo domínio do fato, mas sim como manifestação da autoria por determinação ou instigação (*Bestimmungstäterschaft*) ou da autoria por cumplicidade (*Beitragstäterschaft*), as quais recebem regramento diverso quanto à punibilidade da tentativa. Assim, a forma de ação menos perigosa, que é a tentativa de instigação de um homem-da-frente jurídico-penalmente responsável/imputável, é punida como tentativa de autoria por determinação. A forma mais grave, qual seja, a utilização de um homem-da-frente não responsável como instrumento para o plano delitivo (do homem-de-trás), permanece, por outro lado, impunível, diferente do § 25 I 2 StGB, que permitiria a punibilidade por autoria mediata tentada.

A razão para esse resultado equivocado do ponto de vista da finalidade do Direito Penal reside no fato de que o tautológico conceito unitário de autoria não é capaz de retratar o fundamento material da imputação do resultado típico. No caso da sopa envenenada, é patente que a decisão pela lesão do bem jurídico diz respeito somente ao homem-de-trás. E isso independentemente se o incauto homem-da-frente agiu culposamente ou completamente sem culpabilidade. Igualmente, é irrelevante se o homem-de-trás convenceu o incauto homem-da-frente a servir a sopa envenenada – do que apenas o homem-de-trás tinha consciência – ou se o homem-de-trás jogou veneno na sopa logo antes de ela ser servida. O homem-de-trás, em todo caso, possuindo o domínio do fato, carrega a decisão pela lesão do bem jurídico. Enquanto isso, a árdua disputa da dogmática penal austríaca acerca da classificação desse simples caso entre as categorias do § 12 öStGB mostra, aos meus olhos, claramente que o conceito unitário de autoria não é capaz de construir categorias adequadas que permitam apreender as diferentes formas de intervenção no delito e, por isso, mostra-se frágil. Situação diversa é

a do conceito dogmático que distingue as diferentes formas de intervenção, que se ancora no domínio do fato como critério central de autoria e, com base nisso, desenvolve três formas de autoria, bem como define instigação e cumplicidade como formas secundárias de intervenção sem domínio do fato. Neste contexto, o legislador faz os marcos penais (máximos e mínimos da cominação da pena), assim como a extensão da punibilidade, apoiarem-se na figura da autoria, embora também possam ser determinadas de forma autônoma¹⁷.

Isso vale também para os *delitos especiais*, muito embora se deva relevar que a dogmática penal alemã lida com esse tipo de delito com apenas um pouco menos de dificuldade do que a dogmática austríaca. As contradições internas do conceito unitário de autoria manifestam-se de modo claro no sistema austríaco, eis que o § 14 öStGB ordena que “a Lei” (ou seja, o tipo penal cuja norma de proibição é dirigida apenas ao *intraneus*) “deve ser aplicada a todos os intervenientes” (ou seja, suas ações devem se subsumir a essa norma), o que *stricto sensu* sequer é possível, pois o *extraneus* não realiza os pressupostos do tipo. O regramento do § 14 öStGB constitui ainda uma injusta consequência doutrinária do conceito unitário de autoria, posto que o *extraneus* submete-se ao mesmo marco penal do *intraneus*, enquanto que, conforme o § 28 StGB, ele é sempre punível de forma mais branda: no caso de elementares especiais que agravam a pena, de acordo com o tipo básico (mais brando) válido para qualquer indivíduo (inciso 2); ou, na hipótese de elementares especiais que fundamentam a punibilidade, o *extraneus* é punível com aplicação de uma especial causa de diminuição de pena (inciso 1)¹⁸. Esse tratamento impõe-se diretamente pelo princípio da igualdade, que não apenas estabelece que o que é igual deve ser tratado igualmente, mas também proíbe que diferentes sejam tratados de forma igual. No caso de uma elementar especial do tipo que agrava ou até mesmo que fundamenta a pena, o comportamento do *extraneus* é evidentemente distinto da conduta do *intraneus*. Isso se revela já no fato de que, também de acordo com a concepção austríaca, o *extraneus* é punido de forma mais branda ou é completamente impunível, se ele utiliza o *intraneus* como instrumento com *vis absoluta*¹⁹. Eu não posso me dar por satisfeito confiando na sabedoria do juiz criminal na fase de determinação da pena, pois esta é, na verdade, a porta de entrada para o arbítrio judicial. O enorme espaço de discricionariedade serve, especialmente no caso das sentenças baseadas em

17 Sobre esse ponto remete-se, por todos, a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*.

18 Com mais detalhes sobre o § 28 StGB enquanto princípio de uma determinação da pena equânime nos delitos especiais (de garante), SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, § 28 Nm. 45 ss.; SCHÜNEMANN, *GA* 158, p. 445 ss.

19 KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht* AT, E 3, nm 3; FABRIZY, *WK-StGB*, § 12, nm 19.

acordo²⁰, para que se exerça uma enorme pressão sobre o acusado no sentido de submissão e entrega de uma confissão.

A respeito da solução mais adequada do que a ora criticada, posso, nesta sede, apenas remeter aos meus trabalhos anteriores: ao invés de estender a tautologia do conceito unitário de autoria aos delitos especiais, a estes – e até mesmo aos delitos de mão própria²¹ abordados no § 14 I 2 öStGB – também se devem estender o conceito material de autoria derivado da ideia de domínio do fato, compreendendo-os como delitos especiais de garantia (*Grantensonderdelikte*), e a ampliação do conceito de domínio do fato no sentido do “domínio sobre o fundamento do resultado” (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*)²². Assim, sequer se faz necessário procurar refúgio no (em última análise) circular conceito dos delitos de dever (*Pflichtdelikte*)²³.

2 As tentações do conceito extensivo de autor para o legislador alemão e os pecados da jurisprudência alemã

Não obstante, o legislador pode, por meio da construção dos tipos penais, chegar a um resultado que ainda supera negativamente o conceito unitário de autor. Ele pode fazê-lo, preservando o princípio que preconiza distintas formas de intervenção, porém formulando o tipo penal com base na ideia de um conceito extensivo de autor, de modo a descrever condutas delitivas correspondentes às formas tanto da instigação quanto da cumplicidade, sem excluir ainda que se possam aplicar as normas da Parte Geral que regulam a instigação e a cumplicidade. Por exemplo, no § 129 StGB (formação de associações criminosas) o mero apoiar uma tal associação ou fazer propaganda para ela é punido de modo igual à participação efetiva na organização, ou seja, como autoria. De modo semelhante, quem esconde uma coisa segurada, a fim de ajudar o tomador do seguro em seu estelionato contra a seguradora, não é punido como cúmplice de um estelionato, mas sim como autor de um abuso de seguro (*Versicherungsmissbrauch*), conforme § 265 StGB. Para além dessa “tendência para a autoria unitária”, que caracteriza sobretudo a luta contra a criminalidade organizada e

20 O que possivelmente também ocorre na práxis austríaca, apesar de ser corretamente proibida em OGH JBL 2005, 227.

21 Mais profundamente, SCHÜNEMANN, *FS-Jung*, p. 881 ss.

22 Com mais detalhes, SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, § 25, nm 42 ss., 133 ss., 162 ss.; SCHÜNEMANN, *Gesammelte Werke II*, p. 8 ss., 483 ss.

23 Sobre isso, com mais detalhes, SCHÜNEMANN, *GA* 164, p. 678 ss.

que se observa no âmbito do Direito Penal econômico²⁴, a delimitação entre atos preparatórios, tentativa e consumação é anulada ou ao menos obscurecida. Por meio de uma interpretação extremamente extensiva, também a jurisprudência se “sobressaiu” de diversas maneiras. O BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Federal alemão, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça), por exemplo, dando sequência à jurisprudência do Tribunal do Império no âmbito do Direito Penal de Drogas, ao conceber o conceito de “comercializar” (*Handeltreiben*) (§ 29 I Nr. 1 BtMG) como qualquer atividade em interesse próprio destinada à venda de entorpecentes, sem nenhum outro requisito de resultado²⁵, acabou por, ao primeiro nível, praticamente limar a distinção entre autoria e cumplicidade²⁶ e ampliar enormemente a zona de punibilidade (autoria tentada é punível, cumplicidade tentada não é; não resta mais possível uma clara delimitação em relação ao âmbito de atos preparatórios impuníveis)²⁷. Ao segundo nível, o legislador rapidamente tomou essa interpretação típica como modelo para diversas novas incriminações, por exemplo, em relação ao comércio de armas nucleares, biológicas e químicas, bem como de minas anti-indivíduos nos §§ 19-20a (respectivamente inciso 1 Nr. 1) KWKG (*Kriegswaffenkontrollgesetz* – Lei de Controle de Armas de Guerra)²⁸, medicamentos de receita obrigatória no § 96 I Nr. 4 AMG

24 Pormenorizadamente, VOLK, *FS-Roxin 2001*, p. 563 ss.

25 Jurisprudência constante, ver RG DJZ 1932, 808; BGHSt 6, 246; 25, 290; 28, 308; 29, 239; 30, 350; BGH NJW 1986, 2896; NSTZ 2000, 207; NSTZ-RR 1996, 48; BGHR BtMG § 29 I Nr. 2 Tráfico 28, 29, 31, 41, 50, e sobre a origem da judicatura no Direito Penal da Direção Econômica da Primeira Guerra RGSt 51, 379; 53, 310, 316; 58, 159.

26 Enquanto a alternativa de conduta delitiva de “introduzir” (*Einführen*) ancora-se justamente em uma diferenciação entre autoria e participação (sobre isso ROXIN, *StV* 6, p. 384 s.), a definição supramencionada do “comercializar” (*Handeltreiben*) não oferece na verdade nenhum ponto de apoio para essa questão, de modo que a jurisprudência do BGH, no que diz respeito a decisões sobre casos de mera cumplicidade, acaba por desembocar em uma pauta casuística.

27 A delimitação na jurisprudência do BGH, a qual, segundo BGHSt (GrS) 50, 266 com várias referências, “ocorrida até o momento apenas de forma casuística”, apoia-se em essência na completamente ausente “concretização do fato delitivo em perspectiva” e, do ponto de vista objetivo, considera praticamente toda contribuição delitiva como consumação (!).

28 NT: Conforme o § 19 I 1 KWKG, é punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos qualquer pessoa que “desenvolva, fabrique, comercialize armas nucleares na acepção de § 17 II, adquira-as de outra pessoa ou as coloque à disposição de outra pessoa, importe, exporte, transporte-as pelo território federal ou de outra forma as traga para dentro ou fora do território federal, ou, de outra forma, exerça poder real sobre elas” (*Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer Atomwaffen im Sinne des § 17 Abs. 2 entwickelt, herstellt, mit ihnen Handel treibt, von einem anderen erwirbt oder einem anderen überläßt, einführt, ausführt, durch das Bundesgebiet durchführt oder sonst in das Bundesgebiet oder aus dem Bundesgebiet verbringt oder sonst die tatsächliche Gewalt über sie ausübt*); e, segundo o § 20 I 1, é punido com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos “qualquer pessoa que desenvolva, fabrique, comercialize, adquira ou transfera armas biológicas ou químicas para outrem, importe-as ou exporte-as, transporte-as pelo território federal ou de qualquer outra forma traga-as para dentro ou fora do território federal ou, de outra forma, exerça poder real sobre elas”

(*Arzneimittelgesetz* – Lei dos Medicamentos)²⁹ ou órgãos humanos no § 18 I TPG (*Transplantationsgesetz* – Lei de Transplantes)³⁰. Ademais, por essa razão e entre outros motivos, ao terceiro nível, essa jurisprudência – desnecessária sob o ponto de vista da letra da lei, insuportável desde a perspectiva do Estado de Direito e por isso criticada pelo terceiro Senado do BGH em uma instrutiva decisão de remissão (*Vorlagebeschluss*)³¹ – não foi refutada pelo Grande Senado para Assuntos Penais (*Großer Senat für Strafsachen*), mas sim por ele confirmada³².

Uma fuga desse beco sem saída somente pode ser encontrada por meio de uma reinterpretação constitucional geral dos tipos penais que descrevem uma *atividade empresarial*. Reinterpretação essa que verdadeiramente respeite os pressupostos de incriminação. Isso pode ser feito, tal qual demonstrei em outra sede, desenvolvendo a categoria especial dos *delitos de organização*³³.

Conclusão

Assim, poder-se-ia tirar a seguinte conclusão das minhas (devido ao limitado espaço, obrigatoriamente breves) reflexões acerca da figura jurídica do conceito unitário de autor: a tarefa dogmática de criar um sistema de imputação individual

(*Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer biologische oder chemische Waffen entwickelt, herstellt, mit ihnen Handel treibt, von einem anderen erwirbt oder einem anderen überläßt, einführt, ausführt, durch das Bundesgebiet durchführt oder sonst in das Bundesgebiet oder aus dem Bundesgebiet verbringt oder sonst die tatsächliche Gewalt über sie ausübt*).

- 29 NT: Conforme o § 96 I 4 AMG, é punido com pena privativa de liberdade de até um ano “qualquer pessoa que, sem permissão de acordo com § 13 I 1 ou § 72 I 1, produza ou introduza substância ativa ou uma substância lá mencionada” (*Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ohne Erlaubnis nach § 13 Absatz 1 Satz 1 oder § 72 Absatz 1 Satz 1 ein Arzneimittel, einen Wirkstoff oder einen dort genannten Stoff herstellt oder einführt*).
- 30 NT: Conforme § 19 I TPG, é punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa, “quem comercialize um órgão ou tecido em desacordo com a § 17 I 1 ou remova, transfira ou receba um órgão ou tecido transferido em desacordo com § 17 II” (*Wer entgegen § 17 Abs. 1 Satz 1 mit einem Organ oder Gewebe Handel treibt oder entgegen § 17 Abs. 2 ein Organ oder Gewebe entnimmt, überträgt oder sich übertragen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*).
- 31 StV 2003, 501 com comentários positivos de ROXIN, *StV* 2003, p. 619 ss.; GAEDE, *StraFo* 2003, p. 392; BGH StV 2005, 334 com comentários aquiescentes de GAEDE, *HRRS* 6, p. 250.
- 32 BGHSt (GrS) 50, 252. A tergiversação de BGHSt 51, 219, em arrimo em BGHSt, 266, de admitir apenas cumplicidade no caso da ação de “mulas”, malogra dogmaticamente o § 25 I 1 StGB (vide SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, Vor § 25, nm 16).
- 33 SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, Vor § 25, nm 15 ss.; não confundir com a figura do “delito de organização impróprio” (*uneigentliches Organisationsdelikt*), desenvolvida na jurisprudência para a autoria mediata. Essa figura representa, sobretudo nos casos de estelionato em massa, um tratamento privilegiado do homem-de-trás pela adoção de concurso formal, embora lhe prejudique em relação à prescrição (BGHSt 48, 331, 343; 49, 177, 184; BGH NSTZ 2018, 89; BGH 2 StR 169/15 de 16.5.2017, Nm 36 s.). Ao final, isso desemboca na figura do crime continuado.

adequado à finalidade do Direito Penal é em grande medida dificultada, quando não até mesmo impossibilitada, por essa figura. Ela impede uma modulação justa das consequências jurídicas. Além disso, ela pode servir como veículo para uma expansão da punibilidade em direção ao âmbito dos atos preparatórios, que seria insuportável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Diego-Manuel Luzón Peña, meu amigo próximo e confiável parceiro de discussão científica desde muitos anos, não só contribuiu para a dogmática penal em geral e, de modo extraordinário, para o intercâmbio científico entre Alemanha e Espanha. Ele também demonstrou e, especialmente, defendeu a imprescindibilidade de uma dogmática altamente desenvolvida para um sistema criminal adequado ao Estado de Direito, sendo que a teoria da autoria é uma das pérolas de seu trabalho. Com essa modesta contribuição em sua homenagem, gostaria de dar mais um passo junto com ele nesse caminho.

Referências

- CRAMER, Peter. Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 22, n. 43, p. 1929 ss., 1969.
- FABRIZY, Ernst Eugen. § 12. In: HÖPFEL, Frank; RATZ, Eckhart (Hrsg.). *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. Auflage. Wien: Manz Verlag, 2018.
- FUCHS, Helmut; ZERBES, Ingeborg. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil: Grundlagen und Lehre von der Straftat. 10. Auflage. Wien: Verlag Österreich, v. I, 2018.
- GAEDE, Karsten. Neubestimmung des Begriffs des Handeltreibens im Betäubungsmittelstrafrecht: Bestimmtheitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes; zu BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 v. 10.7.2003. *Strafverteidiger Forum*, [s.l.], p. 392 ss., 2003.
- GAEDE, Karsten. Vollendung und Versuch beim Handeltreiben – Zur “kleinen Vorlage” des dritten Strafsenats. Zugleich Anm. zu BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 – Beschluss vom 13.1.2005 = BGH HRRS 2005 Nr. 343. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, [s.l.], v. 6, n. 7, p. 250-253, 2005.
- KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Lernprogramm Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 15. Auflage. Wien: Manz Verlag, 2016.
- RENGIER, Rudolf. § 14. In: MITSCH, Wolfgang (Hrsg.). *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 268 ss.
- ROXIN, Claus. Anmerkung zum Anfragebeschluss des BGH vom 10.7.2003 – 3 StR 61/02 u. 243/02. *Strafverteidiger*, [s.l.], v. 23, p. 619-622, 2003.

ROXIN, Claus. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.1.1986 – 2 StR 613/85. *Strafverteidiger*, [s.l.], v. 6, p. 384 ss., 1986.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, v. II, 2003. (= *Derecho penal*. Parte general. Especiales formas de aparición del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañon, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, t. II, 2014.)

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 10. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2019. (Há tradução para o espanhol da edição anterior: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 9. ed. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.)

SCHÜNEMANN, Bernd. § 26. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.) *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 12. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 1-68. (= Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. Tradução: Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 31-80.)

SCHÜNEMANN, Bernd. *Gesammelte Werke: Die Täterschaft im Strafrecht als Herrschaft über den Grund des Erfolges*. Berlin: De Gruyter, v. II, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 164, p. 678-688, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Vom kriminalpolitischen Nutzen und Nachteil eigenhändiger Delikte – Ein Rehabilitierungsversuch. In: MÜLLER-DIETZ, Heinz (Hrsg.). *Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2007. p. 881-892.

SCHÜNEMANN, Bernd. Was heisst und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?: Zu Fischers These der "fremden seltsamen Welten" anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 158, n. 8, p. 445-461, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vorbemerkungen zu § 25. In: VERREL, Torsten. *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. 2, 2021.

STEININGER, Einhard. § 12. In: TRIFFTERER, Otto; ROSBAUD, Christian; HINTERHOFER, Hubert (Hrsg.). *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 41. Auflage. Wien: LexisNexis, 2019.

TRUNK, Stefan. *Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale*. Bochum: Studienverl. Brockmeyer, 1987.

VOLK, Klaus. Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: De Gruyter, 2001. p. 563-574.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: De Gruyter, 1975.

Conflito de interesses

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

Sobre o autor:

Bernd Schünemann | E-mail: bernd.schuenemann@jura.uni-muenchen.de

Doutor em Direito (Uni-Göttingen/Alemanha). Professor emérito (Uni-München/Alemanha).

Recebimento: 20.11.2022

Aprovação: 03.02.2023

Artigo convidado