

RESPONSABILIDADE E CULPABILIDADE DO AGENTE NA AUTORIA MEDIATA

Renata Isabela AGAPITO¹

renataisabelaagapito@gmail.com

Maria Angélica Lacerda MARIN²

Adoromeusalunos@hotmail.com

RESUMO: Esse é o artigo final do Programa de Iniciação Científica da Fundação Educacional do Município de Assis, onde pudemos analisar a realidade do direito penal brasileiro e as influências doutrinárias sobre o indivíduo em relação a responsabilidade em casos de autoria mediata.

Em uma abordagem metodológica dedutiva com procedimentos histórico-comparativos, as importantes divergências e alterações em relação aos posicionamentos jurisprudência e doutrinários sobre o assunto abordado.

Para complementar o estudo teórico, tanto jurídico, foi necessário comparar doutrina, jurisprudência, dispositivos legais e constitucionais, a fim de elucidar as possibilidades de ocorrência de tal maneira que deixe claro quem é o autor do fato.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria Mediata; Direito Penal; Responsabilidade

ABSTRACT: This is the final article of the Scientific Initiation Program of the Educational Foundation of the Municipality of Assis, where we were able to analyze the reality of Brazilian criminal law and the doctrinal influences on the individual regarding responsibility in cases of mediated authorship.

In a deductive methodological approach with historical-comparative procedures, the important divergences and changes in relation to the jurisprudence and doctrinal positions on the subject addressed.

¹ Graduando em Direito pela FEMA/Assis. orientanda.

² Mestre em Direito pela UNIVEM/SP, doutorando em Direito, Professora do curso de Direito da FEMA/Assis. Orientadora.

To complement the theoretical study, both legal, it was necessary to compare doctrine, jurisprudence, legal and constitutional provisions, in order to elucidate the possibilities of occurrence in such a way as to make it clear who the author of the fact is.

KEYWORDS: Mediata authorship; Criminal Law; Responsibility

Introdução

O Direito como um todo foi se transformando ao longo do tempo com variáveis constantes de não ser algo absoluto e sim relativo, a parte penal sofreu modificações e sua evolução se deu pela busca do fator punitivo da sociedade.

No Direito Penal da antiguidade, a responsabilidade penal derivava do simples fato lesivo, sem que se indagasse da “culpa” do autor na conduta, no decorrer da transformação cultural, somente poderia ser aplicadas sanções penais ao homem causador do resultado lesivo se, com o seu comportamento, poderia tê-lo evitado, ou seja, é um sentimento de reprovação pessoal que recai sobre o autor por ter agido de forma contrária ao Direito.

As terminologias ‘coautoria’ e ‘autoria’, são definidas pelos doutrinadores, porém é bem nítido que ainda existem obstáculos em relação a distinção, por tratar-se de um assunto do ramo público pouco aprofundado, mas de suma relevância no âmbito Penal.

O objetivo dessa pesquisa é analisar a diferenciação tênue entre estes dois termos juntamente com a autoria mediata, que trouxe à tona os elementos identificadores de cada um, bem como as suas excludentes de punibilidade e em conjunto a resposta ao questionamento de quem deve ser considerado o culpado da empreitada criminosa em casos de autoria mediata.

História sobre a evolução da responsabilidade penal

Apesar da influência do direito italiano a teoria do delito teve maior definição através da doutrina alemã, sua evolução fez com que os estudos voltassem para as características fundamentais do delito: ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade sendo ela o vínculo psicológico que unia o autor com fato praticado, o delito então passou a ser ação

típica, antijurídica e culpável. Onde os mesmos geraram o conceito da exigibilidade da conduta diversa, ao longo dos anos várias modificações teóricas foram surgindo.

O sistema da teoria do delito de origem alemã já não é, em nossos dias, uma questão nacional alemã, como tampouco constitui o exemplo de um suposto imperialismo científico alemão. [...] No entanto, a sistemática da teoria do delito de origem alemã é hoje, todavia, a gramática mais desenvolvida da imputação jurídico-penal. Não há razão científica nem para renunciar a ela, nem para modificar seus elementos essenciais. (GRECO, 2017. p 486)

No conceito de ação estava embutido, também, o de resultado. Nas palavras de von Liszt, “ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: cogita tionsipoenam nemopatitur. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. “Destarte são dados os dois elementos, de que se compõem a ideia de ação e, portanto, a de crime: ato de vontade e resultado. (GRECO, 2017. p 486)

Algumas modificações foram feitas no sistema clássico em relação ao tipo penal e na culpabilidade, foram introduzidas no tipo penal elementos subjetivos e normativos, a culpabilidade passou a ser juízo de censura ou reprovação pessoal baseados em elementos psiconormativos. Para a teoria normativa a estrutura da culpabilidade ficaria imputabilidade, dolo e culpa exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um novo elemento, estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes, e, posteriormente, de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa. O conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal). Sua estrutura passa a ser composta por três elementos: imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa

O dolo finalista é aquele dolo natural, livre de necessidade de se aferir a ilicitude do fato para a sua configuração, essa teoria resolvia com perfeição o problema do dolo, mas dizia-se que tal raciocínio não se aplicava aos delitos culposos da culpabilidade foram excluídos o dolo e a culpa, passando para o encargo a conduta do agente.

Assim, na culpabilidade permaneceram os elementos de natureza normativa, razão pela qual a teoria final ficou reconhecida como uma teoria normativa natural. A culpabilidade, entretanto, passa a ser a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade da conduta diversa.

Há, então, uma reprovação, uma censura, que recai sobre o sujeito, sobre o agente autor de um fato típico e ilícito, que se condiciona, no entanto, à existência de certos elementos: o primeiro, já existente desde o surgimento da culpabilidade, que é a imputabilidade, que, aliás, na teoria psicológica, era vista como um pressuposto da culpabilidade. A imputabilidade continua sendo indispensável na teoria psicológico-normativa, mas como seu elemento, e não mais como seu pressuposto;

É possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a teoria normativa pura, em sua vertente limitada. É o que se extrai do tratamento do erro (arts. 20 e 21).

Do autor e da pena

Existem duas correntes doutrinárias distintas para dar o significado de autor, uma parte dos doutrinadores optaram pelo conceito restritivo de autor, onde só é considerado autor aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal, todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas não viessem a cometer o verbo do tipo penal seriam considerados partícipes.

O conceito restritivo de autor, por sua vez, tem como ponto de partida o entendimento de que nem todos os intervenientes no crime são autores. Além disso, preceitua que somente é autor quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor (ou coautores) pratica(m) o verbo núcleo do tipo: mata, subtrai, falsifica etc. (BITENCOURT, 2019. p 568)

Entretendo pode ocorrer que uma pessoa se encontre a frente de toda uma operação delitiva, orientando-a integralmente e tendo-a sob seu controle absoluto, ainda assim, não executando qualquer parcela da conduta que o tipo descreve, tenhamos como exemplo um chefe de uma organização criminosa o que manda os seus subordinados se livrarem do líder do grupo rival, devemos considerá-lo autor e não um mero partícipe. Essas divergências no conceito restritivo atualmente não são da preferência da maioria de nossos doutrinadores.

Já o conceito extensivo encontra-se de uma forma totalmente oposta do restritivo pelo fato de partir da teoria da equivalência das condições, os adeptos a ela não fazem distinção entre autores e partícipes. Todos que de alguma forma concorrem para a prática de um delito são considerados autores. Porém se a autoria e a participação não podem ser distinguidas objetivamente, só resta buscar a distinção em um critério subjetivo, por essa razão o conceito extensivo de autor está atrelado à teoria subjetiva.

A teoria subjetiva procura traçar um critério para a distinção entre ambos para ela o autor é quando o agente quer o fato como próprio, seria a realização da conduta como protagonista da história, já o partícipe é quando o agente deseja o fato como alheio, não querendo o fato como próprio, exerce o papel secundário, ou agente acessório da conduta.

Os pressupostos necessários de punibilidade devem encontrar-se no autor mediato, e não no executor da ação, autor imediato. Como base (Soler 2000) realça a possibilidade de autor mediato em crimes especiais e próprios, desde que as qualidades reunidas do autor mediato sejam as mesmas exigidas pelo tipo. Em caso de crimes de mão própria é inadmissível a figura do autor mediato. Além desses casos especiais autoria mediata encontra limites quando o executor da ação age de forma dolosa, tendo plena consciência de seus atos, é aí onde o “homem de trás” deixa de ter o domínio do fato, tornando assim o “agente fantoche” responsável da conduta, sendo passível de pena de acordo com sua culpabilidade.

Teoria Domínio do Fato

Nos tempos atuais é muito difícil deixar de escutar alguma coisa sobre o tema, pois não é mais um assunto novo existe há anos no âmbito do direito penal alemão ao longo dos anos vem sendo conduzida ao aperfeiçoamento desde meados dos anos 60 e 70. Porém em relação ao Brasil a discussão sobre a teoria emergiu após debates travados durante os julgamentos da ação penal número 470 (popularmente chamada de “mensalão”) com o principal destaque o ministro relator do acórdão Joaquim Barbosa.

Trata-se de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e partícipe, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria. Essa teoria surgiu em 1939 com o finalismo de Welzel e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato. Mas foi através da obra de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* inicialmente publicada em 1963, que a teoria do domínio do fato foi desenvolvida, adquirindo uma importante projeção internacional, tanto na Europa como na América Latina. (BITENCOURT, 2019. p 570)

Levando em conta a origem da concepção a teoria ganhou notório destaque nas explicações de Hans Welzl, ao propor uma ideia amparada nos conceitos de ação final, ou seja, para ser autor de uma conduta somente é validada através da conduta daquele que da causa a um acontecimento de acordo com sua vontade final (segundo sua finalidade), o que lhe permitiria considerá-la como obra sua. A vontade de cometer o fato como próprio seria o elemento diferenciador entre o mero partícipe e o autor de uma conduta. (ALFLEN, 2014. 87-88).

Contudo, a teoria domínio do fato foi efetivamente criada e desenrolada por Claus Roxin que aderiu uma visão funcionalista (o que significa enxergar o direito penal a partir de sua função), trouxe um novo aspecto ao instituto. (ROXIN, 2000. 151) notava que o elemento diferenciador entre autor e partícipe estaria no domínio da ação, sendo então autor aquele que pratica os elementos do tipo penal dependendo apenas de si e de sua conduta.

Além dessa hipótese Roxin apontou mais duas, uma delas está no domínio da vontade (ROXIN, 2000. 166-167), situação na qual o autor da conduta não pratica o ato de mão própria, contudo por meio da utilização de outro sujeito, que atue em erro ou em estado de não culpabilidade, sendo o típico caso do “homem de trás”. Já a outra consiste no domínio funcional do fato onde há a verdadeira divisão de tarefas entre os agentes da ação típica, os mesmos possuem objetivos em comum, porém para alcançá-lo dividem a execução da ação em tarefas competindo a cada um uma fração essencial do todo tanto que a não execução de uma delas pode impossibilitar a consumação da vontade sendo os participantes considerando coautores da empreitada criminosa.

A teoria do domínio do fato reconhece a figura do autor mediato, desde que a realização da figura típica se apresente como obra de sua vontade reitora, sendo reconhecido como o “homem de trás”, e controlador do executor. Coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.

Teoria mediata

Vimos que para falar em autoria mediata, deve o agente, possuir o domínio do fato, ou seja, utilizar-se de outrem para que lhe sirva como instrumento para o cometimento da infração penal.

A doutrina consagrou a figura da autoria mediata, e algumas legislações, como a alemã (§ 25, I) e a espanhola (Código Penal de 1995, art. 28) admitem expressamente a sua existência. (BITENCOURT, 2019. p 572)

O Código Penal em vigor não disciplinou expressamente a autoria mediata. Cuida-se, assim, de construção doutrinária. Trata-se da espécie de autoria em que alguém, o “sujeito de trás” se utiliza, para a execução da infração penal, de uma pessoa inculpável ou que atua sem dolo ou culpa. [...] Há dois sujeitos nessa relação: (1) autor mediato: quem ordena a prática do crime; e (2) autor imediato: aquele que executa a conduta criminosa.” (MASSON, 2019. p 427)

As características que a diferem das demais teorias são: a) Ter a existência de pluralidade de pessoas, mas não em participação, ou seja, não admite concurso de pessoa. b) O executor da ação (agente instrumento) deve ser instrumentalizado, sendo utilizado como instrumento pelo agente mediato; c) O agente mediato tem o domínio de fato; d) O autor mediato domina a autonomia do executor material do fato; e) O autor mediato chamado “homem de trás” (pessoa que está por trás ou a trás) não realiza o crime de mão própria.

O Código Penal possui cinco situações em que pode ocorrer a autoria mediata: a) inimputabilidade penal do executor por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (CP, art. 62, III); b) coação moral irresistível ((CP, art. 22); c) obediência hierárquica (CP, art. 22); d) erro de tipo escusável, provocado por terceiro (CP, art. 20, § 2.º); e) erro de proibição escusável, provocado por terceiro (CP, art. 21, *caput*). (MASSON, 2019. (p 427)

No entanto se a pessoa que foi instrumentalizada agir dolosamente responderá pelos seus atos, pois agiu de acordo com sua vontade o que deixa de ser autoria mediata. Há autoria mediata quando o agente “fantoche” não possui discernimento da ilicitude do ato, no caso é como se utilizar de uma pessoa que possui enfermidade mental para cometer um crime de roubo.

Todos os pressupostos necessários de punibilidade devem encontrar-se na pessoa do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Com base nesse

argumento, Soler e Mir Puig, seguindo a orientação de Welzel, admitem, em princípio, a possibilidade de autoria mediata nos crimes especiais ou próprios, desde que o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo Mediato. (BITENCOURT, 2019. p 573)

Quando o agente instrumento (agente imediato ou executor material) atua sem dolo, se um homicida utilizar o carteiro para entregar para vítima a correspondência contendo uma bomba, no qual executa o ato sem conhecimento ou consentimento apenas um instrumento para a execução da empreitada criminosa.

Assim, podemos dizer que, como regra, não se admite autoria mediata nos crimes de mão própria. No entanto, como toda regra, poderá sofrer exceções, como a do caso apontado, em que será possível a autoria mediata em um crime de falso testemunho praticado mediante coação Irresistível.

Relação entre ambas as teorias

Tanto a teoria domínio do fato quanto a teoria mediata são apenas uma das modalidades para a distinção de autoria e participação, além de serem construídas por doutrina e jurisprudência, não estão inclusas no texto legal do Brasil.

A teoria domínio do fato ocorre somente em tipos penais dolosos e culposos. Onde o autor tem o domínio fato, ou seja, total controle da situação, com poder de influenciar e de decidir sobre sua prática e interrupção, bem como suas circunstâncias, por essa corrente o mandante pode ser considerado autor, porém se utilizada pelo nosso código penal que é adepto da teoria restritiva o mandante é participe porque não realiza os atos executórios.

A autoria mediata é incompatível com os crimes culposos, por uma razão bastante simples: nesses crimes, o resultado naturalístico é involuntariamente produzido pelo agente. Consequentemente, não se pode conceber a utilização de um inculpável ou de pessoa sem dolo ou culpa para funcionar como instrumento de um crime cujo resultado o agente não quer nem assume o risco de produzir. É da essência da autoria mediata, portanto, a prática de um crime doloso.

A mediata ocorre por meio do autor executor plenamente responsável, onde um homem exerce sobre o outro homem o domínio (o qual não tem vontade, age de por coação moral

ou por obediência hierárquica a uma ordem que conte como contravenção) a ponto de usá-lo para dar causa a sua vontade delitativa, portanto vale transpor que se houver dolo ou culpa por parte do autor executor do núcleo do tipo, este, será imputável.

Além desses casos especiais, a autoria mediata encontra seus limites quando o executor realiza um comportamento conscientemente doloso. Aí o “homem de trás” deixa de ter o domínio do fato, compartilhando o, no máximo, com quem age imediatamente, na condição de coautor, ou então fica na condição de partícipe, quando referido domínio pertence ao consorte. (BITENCOURT, 2019. p 573)

As teorias conversam entre si no qual uma está ligada a outra de uma forma oculta, os verdadeiros autores e culpados não executam o verbo do tipo penal, onde a mediata precisa que o autor mediato tenha o domínio sobre o outrem e a teoria domínio do fato onde alguém exerce a função de mandante, para que sejam caracterizadas como inflações penais as pessoas devem ser influenciadas e induzidas por alguém.

A teoria do domínio do fato molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. Todo o processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar--se como obra da vontade reitora do “homem de trás”, o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. (BITENCOURT, 2019. p 571)

A teoria que prevalece no Brasil

A autoria mediata não tem previsão legal no Brasil, pois é uma construção doutrinária e jurisprudencial, tem estrita relação com a teoria domínio do fato, onde ela não admite concurso de agentes, é um instituto jurídico específico. [...] Discute-se a criação da autoria mediata correspondente a um fenômeno “tapa-buracos”, ou se atende a exigências limpidamente dedutíveis da natureza das coisas e do sistema legal. (BATISTA, 2013, p .449).

A teoria domínio de fato não foi adotada pelo Código penal brasileiro, porém é utilizada em casos excepcionais como foi o caso do Mensalão, a teoria, o direito inclusive o direito penal sofre constante mudanças, como já foi exposto anteriormente não se trata de um assunto novo. [...]O Código Penal não adotou expressamente nenhuma dessas teorias. De acordo com a sua sistemática. (MASSON, 2019 p 421)

No direito brasileiro teve maior familiarização e repercussão quando utilizada pelos tribunais superiores, principalmente na ação penal 470, popularmente conhecida como o mensalão para culpar os mandantes dos crimes, sendo utilizada de forma deturpada em alguns debates.

Por ela ser uma teoria de amplo entendimento consegue-se preencher as lacunas nos casos de difícil identificação de autoria e participação delituosa. Como o Código penal brasileiro adota a teoria restritiva em certos casos mais complexos, essa teoria pode ser a chave de resolução para tais.

Conseguimos identificar que a evolução do pensamento jurídico é o que efetiva e legítima as ações penais, e também o direito de forma geral. Portanto, a teoria domínio do fato é mais uma das modalidades existentes na qual busca diferenciar autor de partícipes, para que cada indivíduo seja punido de forma justa e legal de acordo com seu delito e ofensa.

Em suma, ter o Direito é mais importante do que a lei seca e fria, partindo da perspectiva de que o jurista deve de forma capacitada aplicar e provar qual a melhor teoria a ser aplicada aos crimes corriqueiros da sociedade sem deixar de observar a legalidade.

Considerações Finais

Para o cometimento de um crime pode existir uma amplitude de meios de cometer-se o delito sem que se possa ao menos ser o executor da ação. Entretanto o autor mediato não tem a mesma responsabilidade penal que o coautor, todos os pressupostos necessários de punibilidade encontram-se na pessoa do “homem de trás”, no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Contando que não haja dolosamente no momento da ação ou omissão.

Admite a existência de autoria indireta no caso de utilização de inimputável para execução do delito, afirmando que o autor mediato pode comandar a atuação criminosa do executor, tendo o poder de definição acerca da finalidade da atividade do inimputável.

Em nosso País tem procedência uma teoria em relação ao tema autoria mediata, na qual não tem previsão legal no Brasil, pois é uma construção doutrinária e jurisprudencial, tem estrita relação com a teoria domínio do fato.

O direito penal procura traçar um critério para a distinção entre o autor e partícipe, onde autor é quando o agente quer o fato como próprio, seria a realização da conduta como

protagonista da história, já o partícipe é quando o agente deseja fato como alheio, não querendo o fato como próprio, exerce o papel secundário, ou agente acessório da conduta.

A possibilidade do cometimento de crimes omissivos impróprios por meio da autoria mediata, no qual o Código Penal brasileiro adotou a teoria restritiva na qual diferencia autor, coautor e partícipes, onde a própria lei expressa quando a ação é considerada típica ou não, de acordo com artigo 29 do código penal.

Conseguimos identificar que a evolução do pensamento jurídico é o que efetiva e legítima as ações penais, e também o direito de forma geral. Portanto, a teoria domínio do fato é mais uma das modalidades existentes na qual busca diferenciar autor de partícipes, para que cada indivíduo seja punido de forma justa e legal de acordo com seu delito e ofensa.

Entende-se ser possível a conciliação entre autoria mediata e teoria domínio do fato, tendo em vista que aquele é pautado pelo o homem que exerce sobre o outro homem o domínio (o qual não tem vontade, age por coação moral ou por obediência hierárquica a uma ordem que conte como contravenção) já o outro ocorre somente em tipos penais dolosos e culposos devendo a teoria manter-se apenas no campo doutrinário, sem aplicação no Brasil.

REFERÊNCIAS

BATISTA, NILO. **Concurso de Agentes**. Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 10ª ed. São Paulo, 2013. 449 p.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 470**. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. Volume I. 3ª edição. São Paulo 2019. 448 a 568p.

Constituição da República Federativa do Brasil. 35ª ed. São Paulo. 2016. 15p.

MASSON, CLEBER. **Direito Penal. Parte Geral**. Volume 1. São Paulo 2019.

GOMES, LUIZ FLÁVIO. **Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. São Paulo, 2016, 495 e 496p.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Volume 1. Rio de Janeiro 2017.

LEITE, NELSON FERREIRA - *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 1963 – ed revistas.usp.br

Ley Orgánica del Código Penal 10/1995. Art. 28

PROVIEW, THOMPSON REUTERS. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral capítulo 33