

**Apresentação oral**

**A AUTORIA MEDIATA BASEADA NAS RAZÕES OPERATIVAS E  
AUXILIARES DE JOSEPH RAZ**

*THE INDIRECT PERPETRATION BASED ON JOSEPH RAZ'S OPERATIVE  
AND AUXILIARY REASONS*

**Mathias Oliveira Campos Santos**

Mestrando em Direito Penal Contemporâneo na Universidade Federal de Minas Gerais.

Especialista em Prevenção e repressão à corrupção pela Universidade Estácio de Sá.

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG). Advogado.

E-mail: mathiasantos@live.com

**Resumo:** A presente pesquisa tem o objetivo de relacionar o instituto jurídico da autoria mediata à concepção de razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. O tema é relevante considerando o fato de que no Brasil a autoria mediata ainda é um instituto jurídico penal pouco trabalhado pela doutrina, e em decorrência disso olvidado amiúde pela jurisprudência. No âmbito internacional muito se escreve sobre suas espécies, mas pouco destaque se confere, especificamente, à teoria geral da autoria mediata. Diante disto, parece ser relevante apresentar a proposta de que o injusto da autoria mediata nada mais é do que a realização de um ato instrumentalizador. Com efeito, isto pode ser mais bem compreendido a partir de um raciocínio indutivo, o qual partindo das espécies de autoria mediata para sua estrutura, explicita e detalha o liame entre o homem de trás e o da frente fazendo uso não só das razões operativas, senão também das auxiliares, conforme o desenvolvimento de Joseph Raz. Conclui-se que o potencial resultado desta análise pode estabelecer uma referência racional, cientificamente validada, à teoria da autoria mediata.

**Palavras-chave:** Teoria da autoria e participação; Autoria Mediata; Razões operativas e auxiliares; Erro; Coação moral irresistível.

**Abstract:** This research aims to relate the legal institute of indirect perpetration to Joseph Raz's conception of operative and auxiliary reasons. The theme is relevant considering

the fact that in Brazil the indirect perpetration is still a criminal juridical institute little worked by the doctrine, and as a result it is often forgotten by the jurisprudence. At the international level much is written about their species, but little emphasis is given, specifically, to the general theory of indirect perpetration. In view of this, it seems relevant to present the proposal that the unjustness of indirect perpetration is nothing more than the performance of an instrumentalizing act. In fact, this can be better understood from an inductive reasoning, which, starting from the species of indirect perpetration for its structure, makes explicit and details the link between the man behind and the front using not only operational reasons, but also auxiliary ones, according to the development of Joseph Raz. It is concluded that the potential result of this analysis can establish a rational, scientifically validated reference to the theory of indirect perpetration.

**Keyword:** Theory of authorship and participation; Indirect perpetration; Practical and operational reasons; Error; Coercion.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da autoria mediata. 2.1. As atuais concepções de autoria mediata 2.2. A estrutura da autoria mediata. 3. As razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. 4. A autoria mediata a partir das razões operativas e auxiliares. 4.1. O injusto da autoria mediata. 4.2. A coação e as razões operativas e auxiliares. 4.3. O erro e as razões operativas e auxiliares. 4.4 Os inimputáveis e as razões operativas e auxiliares. Considerações finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da dogmática penal é esclarecer o motivo pelo qual se considera autor o indivíduo que não pratica o delito por si mesmo, senão por meio de outrem. Amiúde isto se explica por meio dos pressupostos das distintas espécies de autoria mediata. Razão pela qual são poucos os estudos sobre sua teoria geral, principalmente, sobre seu injusto.

Naturalmente, a questão é de maior importância à estrutura da autoria mediata. Afinal, orienta sua aplicação não só nos tradicionais casos expostos nos manuais de direito penal, senão também auxilia a solução dos mais complexos, peculiares e pitorescos. Nesse sentido, imagine que um inimputável (deficiente mental) retire a vida de um homem

fantasiado de morte, em um baile de Halloween, logo após M lhe dizer que deveria defender sua família e a si próprio porque a figura sombria vinha os buscar. Ademais, pense na hipótese em que um inimputável (menor de 18 anos) subtrai uma valiosa réplica de uma pintura de Gustave Doré, após receber dicas de seu pai, conhecido ladrão de obras de arte. Conquanto tenha sido o próprio adolescente quem arquitetou, planejou e executou toda a empreitada criminosa.

Embora seja possível identificar nos dois casos uma relação entre um agente inimputável e outro imputável da qual resulte lesões a bem jurídicos, não parece haver dúvidas de que no primeiro caso há autoria mediata, enquanto no segundo trata-se, no máximo, de participação. Em que pese a aparente facilidade da resposta, a questão é envolta de dificuldades à medida que se requer boas razões para identificar e diferenciar a natureza da contribuição ao resultado típico prestada por M e pelo pai assaltante.

Desta forma, busca-se delinear um ponto de encontro entre as espécies de autoria mediata de modo a mais bem compreender sua estrutura. Com efeito, parece que um fundamental ponto de referência está no liame entre o homem de trás e o da frente, o qual pode se analisar por meio das razões operativas e auxiliares desenvolvidas por Joseph Raz. Para tanto, valendo-se da melhor doutrina nacional e internacional, apresenta-se os contornos iniciais da autoria mediata (2), a concepção de razões operativas e auxiliares de Joseph Raz (3) e, por fim, a autoria mediata a partir das razões operativas e auxiliares (4).

## **2. DA AUTORIA MEDIATA**

### **2.1 As atuais concepções de autoria mediata**

Atualmente, as concepções subjetiva e formal-objetiva de autoria têm pouca repercussão no cenário dogmático, senão amiúde se limitam ao papel de referências às modernas concepções de autoria. Assinala-se isto no sentido de que usualmente se afirma que uma teoria ou outra é inspirada no paradigma subjetivo ou formal-objetivo. Não obstante, não são raras as denominadas teorias mistas, às quais se valem de ambos os critérios.

Inegavelmente, a conhecida teoria do domínio do fato de Roxin se inspira na concepção formal-objetiva, seja pela crítica ao modelo subjetivo e/ou pelo apego à noção de que o autor deve, necessariamente, executar o tipo (ROXIN, 2016. P. 51).

A teoria do domínio do fato, aliás, dá um passo além de suas influências ao considerar autor como a figura central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*) (GRECO; LEITE. 2014. p. 24). Uma plástica concepção, sem dúvidas, à qual tem a finalidade última de diferenciar a autoria da participação (GRECO; LEITE. 2014. p. 22).

Para tanto, Roxin apresenta inúmeros critérios para fundamentar e diferenciar cada uma das espécies de autoria. Na autoria imediata, o decisivo é que o agente execute o tipo penal com as próprias mãos (concepção formal-objetiva). Na coautoria, há uma pluralidade de agentes, os quais praticam o delito valendo-se de uma divisão de tarefas. No mais, é desnecessário que todos os coautores executem uma parte do tipo penal, basta que cada um oferte uma contribuição relevante ao resultado típico durante a execução. Por fim, a autoria mediata é a prática do delito por meio de outrem. Há uma relação vertical entre os agentes, do que se diferencia da coautoria cujo vínculo é horizontal (ROXIN. 2014. P. 75).

No âmbito da teoria do domínio do fato, a autoria mediata pode se manifestar a partir de três situações: a coação moral irresistível; o erro; os aparatos organizados de poder.

A coação moral irresistível (*vis compulsiva*), distinta da coação física (*vis absoluta*) na qual só há autoria direta/imediata, fundamenta a autoria mediata na medida em que o homem de trás coloca o homem da frente em uma situação na qual deve escolher entre se orientar pela norma penal ou obrar em desconformidade com a referência normativa para impedir uma potencial lesão a um importante bem jurídico seu ou de alguém próximo. Diante desta situação embaraçosa, caso o agente escolha pela salvação do bem jurídico de modo a violar uma norma penal não há culpabilidade, e, portanto, responsabilidade penal, em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Disso resulta na responsabilidade do homem de trás a título de autoria mediata. Roxin complementa que:

De este modo se deduce que el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse, sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga el modelo de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio

del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene «en sus manos el suceso, debemos consiguientemente preguntamos si la ley nos proporciona indicios sobre cuándo entiende realizados estos requisitos. Tales indicios existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo – con independencia de su situación anímica en el caso concreto – y le permite sustraerse a la pena por haber ejercido la resistencia mínima, ello solo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad solo a la persona de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción. (ROXIN. 2016. P. 152).

Sequencialmente. Na teoria do domínio do fato a autoria mediata pelo erro ostenta uma construção escalonada, cuja análise deve ser analisada a partir dos elementos do conceito analítico de crime. Assim, o professor alemão parte do erro de tipo invencível e vai até o erro de proibição vencível. Não olvidando de figuras como o erro quanto a quantidade de injusto e o erro quanto à pessoa, ambas figuras que autorizam a figura do autor (mediato) por trás do autor (imediato). Por fim, o decisivo é que o homem de trás tenha um conhecimento, relevante ao fato, superior ao do homem da frente (ROXIN. 2016. P. 173/228). Nesse sentido:

1. Las situaciones de error han de separarse claramente de las situaciones coactivas de múltiples matices. Mientras que en los casos de coacción a autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (en función del principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor.
2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas, de la antijuricidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo.
3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento transcendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.

4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre el error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido (ROXIN. 2016. P. 152).

Por fim, no âmbito do excepcional caso da autoria mediata em aparatos organizados de poder, Roxin defende que o homem de trás deve ser considerado autor mediato pela ordem jurídica em razão do fato de que ostenta um poder de mando em uma organização desvinculada da ordem jurídica, à qual conta com executores fungíveis (ROXIN. 2016. P. 692/693). Assim,

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que há de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer. (ROXIN. 2016. P. 240).

Além disso, Beatriz Corrêa Camargo observa que, para além dos usuais critérios, “adicionou-se a consideração de que tais realidades devem ainda ser caracterizadas por fatores criminógenos típicos da convivência dentro da organização (disposição organizacional ao fato)” (CAMARGO. 2013. P. 389). Desde modo, poderia se afirmar, com um nível razoável de certeza, que o executor concretiza a instrumentalização da própria organização (CAMARGO. 2013. P. 389).

Com efeito, amiúde objeta-se à teoria do domínio do fato, mais especificamente à concepção de “figura central”, o fato de que ela não passa de um critério formal, como não nega Roxin (ROXIN. 2016. P. 42). Por este motivo, não seria apto a fundamentar o valor da ação específico da autoria (RENZIKOWSKI. 2017. P. 95), o que demandaria algo com substância. Kindhäuser crítica a variedade de critérios utilizados por Roxin para diferenciar a autoria da participação. Assim, observa que:

A la vista de estos criterios llamativamente dispares para la autoría, se plantea la pregunta de qué cabe entender, efectivamente, como el elemento común para este dominio del hecho. ¿Cómo podrían fundamentar fenómenos tan distintos, e incluso opuestos – como por ejemplo la utilización de un déficit de respons-

abilidad o la división del trabajo –, una competencia por el comportamiento de otra persona suficiente para fundamentar la autoría? Es decir: ¿qué significa exactamente, desde el punto de vista del derecho penal, un “dominio del hecho”? La teoría del dominio del hecho sostiene que sería autor quien “tiene en la mano” el suceso realizador del tipo, quien aparece como la “figura central del suceso”, mientras que sería mero partícipe quien sólo interviene en el margen. “Figura central” y “figura marginal” son imágenes cautivadoras, pero están lejos de constituir categorías dogmáticas. Que en derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción el suceso. (KINDHÄUSER. 2011. p. 44).

Jakobs observa o fato de que ao lado dos delitos de domínio estão os de violação de um dever. Ambos os critérios, no entanto, são abarcados pela noção de “figura central”, cujo conteúdo é preenchido mediante a concretização do objeto, realizado pelo método dialético. Daí que o professor alemão indaga “como seria se o parentesco entre delito de dever e delito de domínio fosse mais estreito, se detrás do critério do domínio do fato se ocultasse algo normativo comparável à infração de dever?” (JAKOBS. 2003. p. 04). Assim, Jakobs entende que mesmo nos delitos de domínio há uma imputação normativa, motivo pelo qual “a atribuição normativa é de hierarquia superior à do domínio” (JAKOBS. 2003. p. 04).

Com efeito, na autoria imediata, Jakobs questiona por que o último a atuar tem domínio? Sua resposta é no sentido de que o domínio está no fato de que a pessoa decide se vai ou não produzir o resultado típico. Isto é, “porque somente pode organizar-se uma liberdade geral de comportamento se as pessoas ao menos tiverem o dever de responder às consequências diretas, não medidas por outros, de sua conduta” (JAKOBS. 2003. p. 05). Dito de outra forma, para Jakobs, a noção de autoria há de orientar-se pelo “sinalagma de liberdade comportamento e responsabilidade pelas consequências, que constitui uma configuração básica e assentada da sociedade que abarca *todas* as pessoas”. (JAKOBS. 2003. p. 04). Disso se conclui que:

Não é possível determinar a comissão própria, a comissão de mão própria, recorrendo exclusivamente ao domínio, sem a atribuição de conduta e consequência. Isto não significa que o último sempre seja o autor quando se produz a atribuição (este é o entendimento mais estendido, não obstante, no que se refere à interpretação do direito penal alemão vigente), mas apenas que, na medida em que intervenham junto a ele outras pessoas, ao menos é partícipe na ação. Dizendo de outro modo: até o momento, aqui se expôs o componente

normativo da comissão direta; concorrendo este componente, num passo ulterior há que fundamentar ainda quando há autoria e quando – intervindo vários – há participação. Dizendo de novo com outra formulação: já que o domínio é uma questão de medida da qualificação da intervenção, uma questão quantitativa, enquanto a qualitativa – quem responde? – não se determina em função da atribuição do comportamento e das consequências. A quem pretende levar a cabo uma sistematização completa, ademais se lhe impõe a questão de como há de delinear-se a questão quantitativa no âmbito dos delitos de dever, âmbito em que esta ainda não tem sido formulada (JAKOBS. 2003. p. 08/09).

Ademais, a coautoria para Jakobs revela-se em uma continuação da dogmática da autoria imediata. Assim, pouco importa quem tenha sido o último contribuidor ao resultado típico, senão que um conjunto de indivíduos violaram seu dever (JAKOBS. 2003. P. 29).

Em relação a autoria mediata, não obstante a estrutura diversa, a lógica não é tão diferente. Basta ver que para Jakobs não é mais do que uma autoria imediata disfarçada, maquiada. Afinal, se na comissão de própria mão o resultado típico é alcançado por meio da intervenção na própria natureza, na autoria indireta a lesão ao bem jurídico se dá por meio de outra pessoa, se dá por meio do instrumento (JAKOBS. 2003. p. 31). O professor alemão esclarece que “o uso de um instrumento é o emprego das forças instrumentais de outra pessoa, porém, precisamente, das forças instrumentais *não responsáveis*.” (JAKOBS. 2003. p. 31). Nesta lógica, Jakobs entende não ter muita diferença o fato de alguém atirar um cachorro ou um sujeito embriagado contra alguém, vez que ambos não são penalmente responsáveis. Não obstante, o cão jamais pode ser considerado responsável, não se encontra dentro do círculo das pessoas no direito, senão, no caso do bêbado, há de se discutir se a embriaguez é assunto do homem de trás (JAKOBS. 2003. p. 04). Deste modo, conclui que “volta a aparecer um problema normativo: não é o mero uso do caráter de natureza do instrumento, e, neste sentido, não é um domínio o que conduz a autoria mediata, mas a competência pela ação por instrumento.” (JAKOBS. 2003. p. 32) Assim, “quem presta uma contribuição que no caso de um executor responsável suporia intervenção na execução é autor mediato quando o receptor da prestação carece de responsabilidade” (JAKOBS. 2003. p. 04).

Kindhäuser, seguindo uma linha similar à de Jakobs, defende que o autor imediato é quem lesiona individualmente o dever oriundo da norma. Já a autoria mediata e a coautoria nada mais seriam do que ampliações normativas da autoria de própria mão. Isto

é, a autoria mediata e a coautoria necessitaria de uma norma constitutiva do injusto, não meramente declaratória (KINDHÄUSER. 2011. p. 51).

Mais especificamente, na autoria mediata, entende que uma pessoa diferente do autor realiza o tipo penal. Entretanto, o executor necessariamente não é responsável. Falta um pressuposto imprescindível ao caráter delitivo de seu comportamento, o qual é imputável ao homem de trás, caso ele tenha sido responsável pelo déficit do homem da frente e cumpra os demais pressupostos típicos. Assim, Kindhäuser assinala existir indução, não autoria mediata, na hipótese em que o homem de trás motive o comportamento do homem da frente, mas não seja responsável por seu *déficit* (KINDHÄUSER. 2011. p. 51).

Mañalich, em alguma medida semelhante a Jakobs e Kindhäuser, vincula à autoria imediata a situação em que o agente tinha a possibilidade imediata de praticar a conduta esperada pela ordem jurídica, mas não o faz (MAÑALICH. 2020. p. 248). Logo,

Ha de partirse examinando la posición de aquella persona que contaba con la correspondiente oportunidad-para-la-acción, esto es: de la persona en cuya situación la norma de prohibición o de requerimiento pudiera representar una razón inmediata para evitar la realización del tipo. Si, ante el indicio de que el tipo en cuestión pudo haber sido realizado a través del comportamiento de esa misma persona, se comprueba que esa persona contaba como destinataria de la misma norma y que en ella se satisfacían, además, todos los presupuestos de los cuales depende la imputabilidad de su realización, entonces esta persona ocupará “por defecto” el lugar de autor del hecho punible así constituido. En esto consiste el asó llamado “derecho primogénito” de la autoría directa. (MAÑALICH. 2020. p. 248/249).

Conforme especifica Mañalich, a imputação por autoria imediata pode se ver alterada quando se apresente situações em que seja necessário o recurso a um esquema mais complexo, tendo em vista a pluralidade de “potenciais intervenientes”. Isto usualmente dá azo para se verificar a possibilidade de uma autoria mediata, à qual entende ter seus pressupostos limitados pelo princípio da responsabilidade (MAÑALICH. 2020. p. 249.).

Neste sentido, o primeiro requisito da autoria mediata, conforme o entendimento de Mañalich, é que a realização não justificada do tipo penal não seja ordinariamente imputável ao indivíduo que executou ou omitiu a respectiva ação, o motivo da não imputação pode ser em qualquer um dos três extratos do conceito analítico de delito. O segundo pressuposto é a existência de um homem de trás ordinariamente imputável

pelo fato de que a pessoa da frente executou ou omitiu uma ação desvalorada pela ordem jurídica (MAÑALICH. 2020. p. 249). Deste modo,

Se trata, por esto, de una reconducción del comportamiento del hombre de adelante al ámbito de responsabilidad del hombre de atrás, lo cual se deja construir como una pregunta de imputación “objetiva”, en el sentido ya enunciado: recién después de la fundamentación de su competencia por la evitación del comportamiento del hombre de adelante cabe plantear la pregunta de si este comportamiento era, además, subjetivamente evitable para el hombre de atrás. Este criterio objetivo para la imputación del hecho al hombre de atrás como autor mediato exige, entonces, i) que, a través de una acción previa, él haya posibilitado o facilitado el comportamiento del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante; o bien ii) que él haya dispuesto una conexión situacional entre la realización típica mediada por el actuar del hombre de adelante y un defecto de responsabilidad ya existente de éste; o bien iii) que él haya omitido, de modo contrario a deber, la ejecución de una acción a través de la cual tendría que haber impedido el actuar del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante. (MAÑALICH. 2010. p. 396).

Por fim, expostas as concepções atuais de autoria mediata, examina-se a seguir sua estrutura e seus elementos mais indispensáveis.

## 2.2 A estrutura da autoria mediata

É um fato que, independentemente da concepção adotada, parece ser um lugar comum que a autoria mediata pressupõe, pelo menos, duas pessoas. Afinal, trata-se de uma autoria intermediada, na qual o homem de trás se liga ao delito e ao homem da frente.

Nesse sentido, parece razoável assinalar que a estrutura da autoria mediata é composta pelos seguintes elementos: (a) a realização do tipo através de outro; (b) a falta de execução do delito por sua própria mão; (c) a intervenção em um fato próprio (responsabilidade autônoma, não dependente) (BOLEA BARDON. 2000. p. 158/159).

Com efeito, a estrutura da autoria mediata demonstra com mais clareza um elemento necessário ao instituto, a saber, o executor material/instrumento, sem que se olvide do autor mediato. Assim, próximo ao resultado típico está o executor/autor imediato, também denominado de homem da frente, instrumento ou ferramenta. Já “por trás dele” dele, está o autor mediato, também denominado de homem de trás ou autor

de escritório, o qual, necessariamente, não executa *materialmente* o tipo penal, repise-se (BOLEA BARDON. 2000. p. 145).

Entretanto, pouco adianta ter um homem na frente e outro atrás, caso não exista um liame/vínculo entre os dois agentes, o qual é imprescindível, conquanto amiúde um não tenha consciência de quem seja concretamente o outro. Neste sentido, imagine uma hipótese de autoria mediata por erro no caso do agente que remete, por uma transportadora, uma substância cujo transporte é proibido. O motorista da transportadora está em erro de tipo e não sabe quem o colocou nesta situação, tampouco o homem de trás sabe a identidade do homem da frente, ainda assim é difícil de negar a existência de um liame entre os envolvidos.

Por fim, não parece errado afirmar que o liame entre o homem de trás e o da frente não se dá de outra forma senão pela troca de razões realizadas entre os agentes, mesmo que isto ocorra de modo implícito ou sutil conforme a situação do transporte da substância proibida. A partir disto parece razoável examinar tal vínculo pela ótica das razões operativas e auxiliares de Joseph Raz – tópico sobre o qual se debruça a seguir.

### 3. AS RAZÕES OPERATIVAS E AUXILIARES DE JOSEPH RAZ

A concepção de razões operativas e auxiliares é uma construção teórica desenvolvida pelo filósofo Joseph Raz em seu estudo sobre razão prática e normas (*Practical Reason and Norms*).

Em um primeiro momento, ao analisar as razões para a ação, Joseph Raz assinala que existem razões tanto para as ações, como para as crenças, os desejos, emoções, normas e instituições. Afinal, as razões são utilizadas, sobretudo, para explicar, valorar e guiar a conduta das pessoas (RAZ. 2002. p. 15).

Daí que ao se explicar o conceito de razão para uma ação há de se indicar como se alcança as suas finalidades, ou seja, como os propósitos são relacionados entre si e por qual motivo o conceito é útil para explicar, valorar e guiar o comportamento humano (RAZ. 2002. p. 16).

Não obstante, uma das maiores dificuldades encontradas na explicação das razões para a ação é a combinação da teoria com a prática, isto é, a relação entre a explicação (teoria), valoração e guia (prática). Raz argumenta no sentido de que a explicação adequada

esclarece não só o fato de que um conceito pode ser utilizado para finalidades distintas entre si, bem como que estes propósitos são interdependentes. Assim, as razões guiam e valoram só porque explicam (RAZ. 2002. p. 16).

Segundo o desenvolvimento de Raz, a conclusão de que há uma razão para que alguém atue de determinada forma ou que deveria atuar pressupõe afirmações de fatos pelos quais são constituídas razões para se realizar determinada ação (RAZ. 2002. p. 28). Ademais, destas razões destacam-se às operativas e auxiliares.

As razões operativas “são aquelas que expressam alguma atitude prática crítica do sujeito, envolvendo geralmente valores, desejos ou interesses” (CAMARGO. 2018. p. 250). Dito de outra forma, são as “razões que possuam força normativa, as quais irão constituir um valor, um interesse, um desejo e até mesmo uma norma de conduta com capacidade de motivar o indivíduo a agir” (CAMARGO. 2018. p. 291).

De outro lado, conforme explica Raz, a função das premissas afetas as razões auxiliares é explicar a ligação da atitude prática do enunciado da razão operativa até a conclusão (RAZ. 2002. P. 33). Em outras palavras, as razões auxiliares têm à função de “justificar a ponte feita entre atitude prática crítica e a conclusão sobre o que fazer, isto é, a razão do sujeito em favor de determinada ação” (CAMARGO. 2018. p. 248).

Em síntese, as razões operativas parecem ser, por excelência, explicativas, enquanto as auxiliares, inicialmente, condutoras do comportamento humano, e depois, também, explicativas.

Conforme demonstrado pela professora Beatriz Corrêa Camargo, tal construção teórica assume especial relevância na doutrina da autoria e participação, sobretudo, na instigação, em que há uma dificuldade de se estabelecer leis gerais às quais ofereçam uma resposta satisfatória sobre a causalidade existente nas relações entre as razões do sujeito e suas ações (CAMARGO. 2018. p. 249). O decisivo parece partir de um moderno paradigma, defendido por Puppe, segundo o qual “o instigador não causa propriamente a decisão no autor do crime, e sim cria um motivo para a ação do autor, o que Joe Joerden irá designar como sendo o “oferecimento de uma razão para agir”” (CAMARGO. 2018. p. 249). Deste modo, complementa Beatriz Côrrea Camargo:

Segundo os autores, essa formulação teria a vantagem de resguardar, de um lado, a noção de liberdade da vontade porque supõe uma escolha do agente, que pode adotar ou não as razões oferecidas como razões válidas para agir. Conforme esclai-

rece Puppe, o próprio autor, se indagado, irá atribuir sua decisão ao instigador na hipótese de se decidir pela ação devido às razões dadas ou sugeridas pelo instigador. De outro lado, a concepção permitiria reconhecer com maior segurança que a razão oferecida foi causa da ação, de tal sorte que o êxito da instigação residirá, então, no fato de que o autor reconheça internamente como razão de seu agir o motivo oferecido pelo instigador. (CAMARGO. 2018. p. 249).

Diante disto, para a instigação, há de se destacar que o relevante é o oferecimento de uma razão para agir, isto é, a razão operativa. Do que se conclui pela irrelevância da razão pela auxiliar, porquanto não seja um ato típico de instigação, senão mero auxílio. Para ilustrar a diferença, Beatriz Côrrea Camargo descreve o caso do posto de gasolina, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça Alemão (*BGH- Bundesgerichtshof*). Trata-se de um assalto praticado por um indivíduo, o qual precisava imediatamente de dinheiro para evadir do país. Antes de praticar o roubo, não obstante, o agente procurou, para obter documentos ilegais, um falsificador, quem sugeriu assaltar um banco ou um posto de gasolina para levantar a quantia necessária (CAMARGO. 2018. p. 250).

O falsificador foi condenado pelo judiciário alemão como instigador do roubo. Entretanto, se analisado o caso sob à luz das razões operativas e auxiliares, é bem de ver o equívoco jurisdicional. Afinal, “quando procurou o falsificador, o futuro assaltante tinha uma *razão operativa* para agir de modo a obter o dinheiro, razão a qual era anterior ao conselho recebido pelo falsificador.” (CAMARGO. 2018. p. 250). De outro lado, “a sugestão do instigador veio no sentido de lhe oferecer uma *razão auxiliar*.” (CAMARGO. 2018. p. 250). Isto porque o falsificador se limitou a indicar meios pelos quais o agente poderia obter dinheiro (assaltar um banco ou um posto de gasolina), não a ideia em si, à qual foi a razão operativa explicativa e orientadora da conduta do agente.

Assim, considerando uma relativa proximidade entre instigação e autoria mediata, parece razoável verificar se a noção de razões operativas e auxiliares também é útil à autoria mediata.

#### 4. A AUTORIA MEDIATA A PARTIR DAS RAZÕES OPERATIVAS E AUXILIARES

##### 4.1 O injusto da autoria mediata

Conforme exposto no tópico 2.1, as atuais concepções de autoria mediata ou vinculam seu injusto a violação primária de respeito à norma penal cuja natural limitação

se realiza pelo princípio da responsabilidade ou se valem de critérios vários, como o conhecimento superior do homem de trás e a fungibilidade do homem da frente.

Conquanto estes critérios muitas vezes apresentem respostas adequadas e corretas aos problemas da autoria mediata, não parecem tratar o problema em sua totalidade. Com efeito, mais do que afirmar o fato de que o autor mediato se vale de um instrumento para lesar o bem jurídico, há de se indicar o injusto da autoria mediata concretizado no obrar específico do homem de trás, o qual a diferencia da imediata e coautoria, bem como da instigação, cumplicidade e auxílio.

Nessa linha, é bem de ver que o autor mediato se diferencia do imediato pelo fato de que este executa o tipo com as próprias mãos, não depende de mais ninguém. A coautoria se diferencia da autoria mediata pela própria estrutura, vez que no primeiro há uma relação horizontal entre os agentes, enquanto no segundo é vertical.

Não obstante, considerando o fato de que amiúde o partícipe não age durante os atos executórios, senão em um momento anterior, torna-se um pouco mais complicado o diferenciar da autoria mediata. Sobretudo, quando se trata dos casos de instigação, cuja estrutura também pressupõe um homem atrás e outro na frente.

De toda forma, na maioria das vezes a distinção é realizada de modo intuitivo. Afinal, nos casos de coação e erro, há uma circunstância não presente nas modalidades de participação, isto é, o fato de que o executor é instrumentalizado. É dizer, *há na autoria mediata um ato instrumentalizador*, o qual se realiza pelo vínculo existente entre o homem de trás e o homem da frente.

Com efeito, o liame entre os agentes na autoria mediata, assim como na instigação, é estabelecido por razões, ainda que implícitas ou sutis – como no caso do transporte de substâncias ilícitas. Entretanto, o decisivo é que enquanto na instigação as razões se referem ao oferecimento de motivos para agir, na autoria mediata, é o meio pelo qual o indivíduo é instrumentalizado.

Por fim, para concretizar tal entendimento, analisa-se a seguir as possibilidades de instrumentalização por meio das razões operativas e auxiliares.

#### 4.2 A coação e as razões operativas e auxiliares

Conforme mencionado anteriormente, na coação, primeiramente, há de se diferenciar duas situações, a coação física e a coação moral.

A primeira é a da coação física (*vis absoluta*), na qual o homem de trás suprime toda a voluntariedade do homem da frente; este é utilizado como um mero objeto para se alcançar o resultado típico, assim como se utiliza uma arma de fogo ou uma arma branca. Trata-se de um instrumento por excelência. É o caso do agente que, utilizando de força física, força outrem a atirar em alguém.

Neste caso, há de se destacar que o ato instrumentalizador não é típico de autoria mediata, mas de autoria imediata. Afinal, a ordem jurídica não reconhece como conduta penalmente relevante a ação do executor. O resultado típico não foi por ele produzido com um mínimo de voluntariedade, senão a vontade de sua produção é encontrada inteiramente no agente coator, quem reuniu esforços para concretizar a coação.

Assim, na coação física, conquanto exista um ato instrumentalizador, não há qualquer troca de razões entre coator e coagido. Senão mero exercício da força. Na coação moral, de outro lado, há uma troca de razões entre os agentes. Basta ver pelo fato de que se a coação for resistível e ainda assim o resultado típico seja produzido, o coator deve ser punido sob o título de instigação, à qual, relembre-se, é o oferecimento de razões para agir.

A situação é diferente se a coação moral for irresistível, oportunidade em que se verifica a autoria mediata. Neste caso, conforme mencionado anteriormente, o homem de trás deixa o homem da frente em uma situação delicada, na qual ou se orienta pela norma penal ou atua em desconformidade com a referência normativa com a finalidade de impedir uma potencial lesão a um importante bem jurídico seu ou de alguém próximo. Se o coagido optar por ceder a coação do coator, a ordem jurídica o exime de qualquer responsabilidade penal por inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, se se analisa tal estrutura pela ótica da autoria mediata como um *ato instrumentalizador realizado por meio de razões* se observa que o homem de trás apresenta ao executor uma *razão operativa*: a possibilidade de evitar um mal controlado pelo coator; e uma *razão auxiliar*: violar a norma penal pela produção de um resultado típico.

A título de ilustração imagine a situação do indivíduo coagido por um traficante a guardar drogas em sua residência, se se negasse a obedecer a determinação ilícita sua esposa e seus filhos seriam cruelmente executados. Assim, o agente tem duas escolhas, pode ou não ceder aos intentos criminosos do coator. Não obstante a possibilidade de eleger qual conduta adotará, se reconhece a condição de instrumento deste indivíduo justamente porque o homem de trás o instrumentalizou, ou seja, o colocou em um contexto em que exige uma atitude crítica e ponderadora sobre duas desfavoráveis alternativas, na qual há de escolher a menos danosa para si. De modo menos circular, o homem de trás forçou o da frente a praticar o delito (art. 33 da Lei 11.343/06) por meio da razão operativa de manter inalterada a vida e integridade física de seus familiares.

Por fim, ressalte-se que na autoria mediata por coação moral irresistível é um lugar comum que o executor/o homem da frente não é punido por ausência de culpabilidade. Entretanto, no grupo de casos de erro, a situação não é tão simples; há doutrina que defende a correção da figura do “autor por trás do autor” e outra que rechaça a possibilidade. Independente deste polêmico tópico, a seguir se analisa a relação entre a autoria mediata por erro e as razões operativas e auxiliares.

#### **4.3 O erro e as razões operativas e auxiliares**

O uso das razões operativas e auxiliares na autoria mediata pode ser visualizado com maior facilidade nos casos em que o homem de trás coloca o da frente em erro.

Conforme mencionado anteriormente, são inúmeras as hipóteses de erro; pode ser de tipo, de proibição, sobre a magnitude do injusto e até quanto a pessoa. O essencial, no entanto, é que o executor atua em erro.

Amiúde a doutrina procura estabelecer um critério para o grupo de casos de autoria mediata por erro. Relembre-se que para Roxin o decisivo é que o homem de trás ostente um conhecimento superior ao do homem da frente, o que é objetado por Jakobs. O professor de Bonn considera que a autoria mediata não é fundamentada pelo conhecimento superior do homem de trás, senão pela ideia de competência limitada pelo princípio da responsabilidade (JAKOBS<sup>1</sup>. 2003. p. 15/16).

ninguém é instrumento de outro pelo mero fato de saber menos que este, independentemente de que o erro seja evitável, inevitável o que nem sequer seja competência do sujeito que incide em erro dispor de mais conhecimentos, pelo contrário, se tem de fundamentar que corresponde relevância jurídica ao defeito fático de direção do comportamento para que se possa falar de autoria mediata. Como se pode gerar a competência do mandante (homem de trás)? Em primeiro lugar, pode suceder que o contato social se estenda ao defeito quando alguém assume a obrigação moral de responder pelos defeitos cognitivos que o outro apresente. Isso tem lugar, ainda que somente no sentido de uma assunção parcial, quando alguém confia na direção de um especialista. A título de exemplo: um electricista deve evitar que seu cliente toque o cabo elétrico quando este ainda não está isolado; do contrário, responde pelas consequências, como autor mediato de um delito de lesões por meio de um instrumento quase não doloso. Também pode ocorrer que o autor mediato se faça passar por especialista sem sê-lo: quem afirma conhecer a situação e ser competente para dar conselhos deve ficar vinculado a essa representação de sua própria pessoa. Aqui terão de localizar-se os casos mais comuns, vale dizer, todos aqueles em que o autor mediato desempenha o papel de um conselheiro e produz o erro do outro por meio de seus conselhos. (JAKOBS<sup>1</sup>. 2003. p. 15/16)

Conforme a lógica apresentada por Jakobs, não é necessariamente o conhecimento superior do homem de trás que produz o erro do homem da frente, senão parece ser o fato de que um agente (autor mediato) determine o erro de outro (executor), através de seu papel de “conselheiro”.

Com efeito, no centro de tudo isto está um conselho, o qual nada mais é do que razões. Isto é, o homem de trás instrumentaliza o homem da frente por meio da incoerência/desarmonia entre as razões operativas e auxiliares apresentadas. A título de ilustração observe o caso do transporte da substância ilícita: a razão operativa era o ato de trabalho, agir de modo usual, como tantas vezes o motoristas o fizera. Já a razão auxiliar, no entanto, constituía o transporte da substância ilícita.

Por fim, maiores dificuldades apresentam os casos de autoria mediata em agentes inimputáveis, o que se analisa a seguir.

#### 4.4 Os inimputáveis e as razões operativas e auxiliares

Finalmente, visualizar a utilidade das razões operativas e auxiliares nos casos de autoria mediata com instrumento já inimputável parece ser mais complicado. Afinal, devido a condição de inimputabilidade, estes agentes *per si* já não são penalmente responsáveis.

Entretanto, parece ser elementar a consideração de que o *status* de inimputável é distinto do de instrumento em razão de sua origem. O primeiro pode ser por ausência de maioria penal ou mesmo por não ter capacidade de entender completamente o caráter ilícito dos fatos. Já o segundo só está nesta condição porque foi instrumentalizado pelo homem de trás.

Assim, parece correto afirmar que não é porque um crime foi praticado por um inimputável que necessariamente qualquer contribuição anterior ao resultado típico deve ser punida sob a pecha de autoria mediata. Senão deve haver aqui também um ato instrumentalizador, seja por coação ou erro. Na mesma linha, Roxin assinala que

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y adolescentes há de resolverse, por tanto, com ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo, o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio de hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se há producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas. (ROXIN. 2016. p. 237.)

Neste sentido, volta-se ao caso do adolescente ladrão de pinturas. A contribuição do pai, para o sucesso do furto do quadro do Doré, não é uma atitude típica de autoria mediata, pois não há nenhum ato instrumentalizador. O fato dele ter dado as dicas sobre o *modus operandi* do assalto se refere tão somente ao oferecimento de uma *razão auxiliar*, ou seja, tão somente um auxílio, o que não configura o injusto da autoria mediata. Além disso, não há nenhum indício de que o pai tenha utilizado de seu filho para praticar o delito, senão a ideia/o desejo, isto é, a razão operativa surgiu justamente do inimputável, o adolescente. Portanto, não configuraria sequer instigação.

Não obstante, a análise é diferente no primeiro caso. M instrumentaliza o deficiente mental visando a produção do resultado típico morte do homem fantasiado. Nessa linha, parece ser claro que o inimputável incorreu em um caso de erro de tipo, o qual foi concretizado por meio da razão operativa *salvar a si e sua família*, e auxiliar *eliminar o perigo*. Com efeito, a instrumentalização (ou seja, o erro) está no fato de que, malgrado a

fantasia de morte, o homem não apresentava nenhum risco aos familiares do inimputável. Logo, tampouco era necessária a equivocada “ação salvadora”.

Por fim, de fato, as razões auxiliares e operativas nos casos de inimputáveis parecem ser bastantes pitorescas. Não há dúvida de que dificilmente enganaria algum imputável. Entretanto, a probabilidade de o erro ocorrer é maior nos agentes inimputáveis em razão de uma condição pré-existente de não compreensão do sentido delitivo do fato.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de relacionar a estrutura básica da autoria mediata com os delineamentos fundamentais das razões operativas e auxiliares de Raz, apresenta-se as seguintes considerações finais.

Preliminarmente, pontuou-se o fato de que pouco se tem escrito sobre o motivo de uma contribuição ao resultado típico própria da participação ser valorada como autoria mediata. Apesar disso, mencionou-se importantes e distintas concepções que se propuseram a contribuir com a dogmática específica da autoria mediata.

Neste sentido, relatou-se a importante contribuição ao tema encontrada no funcionalismo normativista de Gunther Jakobs. O professor de Bonn defende que só há autoria mediata na hipótese em que há uma participação para um delito, mas o agente não é responsável. Dito de outra forma, Jakobs entende não existir autoria mediata se houver uma conduta posterior plenamente responsável. Assim, o professor de Bonn constringe a autoria mediata pelo princípio da responsabilidade.

Em seguida, observou-se que em linha semelhante a de Jakobs, há Kindhäuser e Juan Pablo Mañalich. Ambos, além do respeito ao princípio da responsabilidade, exigem que o homem de trás seja competente, em razão de uma ação ou omissão, pelo defeito do homem da frente. Em outras palavras, a conduta do homem de trás deve explicar a ação e o *déficit* do executor.

Além disso, visualizou-se que Roxin entende que cada modalidade de autoria mediata tem um critério distinto de averiguação. Desta forma, compatível com sua concepção metodológica (formal) de autoria como uma figura central do acontecer típico, o professor ensina que o instituto se manifesta nas hipóteses em que a legislação reconhece

como autor àquele que pratica o tipo penal por meio de outrem. Logo, para além disso, Roxin deixa de apresentar um critério orientador específico à autoria mediata. Não obstante, tal postura tem a vantagem de possibilitar o desenvolvimento de construções como o domínio por organização. Entretanto, não responde substancialmente o porquê do homem de trás ser punido a título de autoria. Por fim, Roxin é crítico a adoção do princípio da responsabilidade como uma diretriz mestra da autoria mediata e um dos principais partidários da figura do “autor por trás do autor”.

Dito tudo isto, um possível “início de conversa” foi estabelecido a partir de reflexões sobre as semelhanças e diferenças da instigação e da autoria mediata. Observou-se que instigação e autoria mediata são duas formas distintas de contribuir ao resultado típico, às quais se valem de uma estrutura vertical, isto é, diante do resultado típico há um agente e atrás dele há outro.

Independente disso, verificou-se que o importante é que ambas se valem de uma espécie de causalidade psiquicamente intermediada, a qual demonstra um liame entre homem de trás e homem da frente. Nesta linha, verificou-se que em um estudo sobre a teoria do concurso de pessoas e o conceito de instigação, a professora Beatriz Corrêa Camargo explicou o liame dos agentes por meio do conceito de razões operativas de Joseph Raz.

Com efeito, após verificar a proximidade da autoria mediata com a instigação, examinou-se se o liame entre o autor mediato e o instrumento pode ser explicado pelas razões operativas e auxiliares de Joseph Raz. Antes, entretanto, consignou-se que o que difere a instigação da autoria mediata é justamente que nesta modalidade, necessariamente, está presente um ato instrumentalizador, o qual é o responsável pelo defeito do executor.

Por fim, demonstrou-se que o ato instrumentalizador é o que vincula o autor mediato ao instrumento, assim como que ele é concretizado por meio de razões oferecidas pelo homem de trás ao homem da frente.

## REFERÊNCIAS

- BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valência, Tirant, 2000.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, 2013.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. PPU. Barcelona. 1991.

GRECO, Luís (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günther. *Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos*. Trad. par. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS<sup>1</sup>, Günther. *Autoria mediata e sobre o estado de omissão*. Trad. par. Mauricio Antônio ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. N. 14. 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: Esbozo de un modelo diferenciador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 163, ano. 28, p. 239-264. São Paulo: Ed. RT, janeiro. 2020.

MAÑALICH, Juan Pablo. La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV*. Valparaíso. Chile. 2010.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RENZIKOWSKI. Fundamentação da norma e imputação – Fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: *Direito Penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. por Alaor Leite et al. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal*. Trad. da 9. ed. Madrid. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General: Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Luzón Peña e outros. Madrid: Thomson Reuters – Civitas. 2014.