

Resenha de *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft,* de Friedrich-Christian Schroeder

PABLO RODRIGO ALFLEN

Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Processual Penal da UFRGS. Pesquisador-visitante da Universität Göttingen, Alemanha.

Dados Bibliográficos: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

Pouco conhecida da doutrina brasileira, a obra do Prof. Dr. Dr. h.c. *Friedrich-Christian Schroeder*, “*Der Täter hinter dem Täter – Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*”, cujo título traduzido ao nosso vernáculo é “O autor detrás do autor – uma contribuição à teoria da autoria mediata”, publicada pela renomada editora Duncker & Humblot, em 1965, consiste em estudo fundamental para a dogmática do concurso de pessoas. Particularmente neste momento singular da história do Direito Penal brasileiro, em que a problemática da autoria e participação é recolocada no centro dos debates realizados, seja no campo teórico-dogmático, seja no campo da práxis judicial, a obra deve ocupar posição de destaque, uma vez que fornece grande aporte para a discussão acerca da caracterização da chamada autoria mediata. Todavia, antes de proceder a um exame panorâmico da obra e seus principais aspectos, é oportuno tecer algumas considerações sobre o seu autor.

Friedrich-Christian Schroeder nasceu em 14 de julho de 1936, na cidade de Grüstow, na região de Mecklenburg, nordeste da Alemanha. De 1955 a 1959 estudou Ciências Jurídicas nas Universidades de Bonn, Berlim e Munique, onde, então, em 1963, também realizou seu doutoramento sob a orientação de *Reinhard Maurach*. Em 1968 conquistou a habilitação para a Cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Oriental (*Ostrecht*) e assumiu na Universidade de Regensburg, tendo recusado os chamados para as Cátedras das Universidades de Kiel, Hamburg e Tübingen.¹ No ano de 1999 recebeu o título de Doutor *honoris causa*, concedido pela Universidade de Breslau, na Polônia, como reconhecimento

¹ Veja detalhes em VOGEL, Joachim. “Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag“. *JZ*, vol. 14, 2006. p. 718-719.

pelo intenso trabalho e dedicação científica ao Direito Oriental, sobretudo, pela atuação como Diretor Científico do Instituto de Direito Oriental, desempenhada desde 1973, e, em 2010, recebeu o título de Doutor *honoris causa* pela Universidade de Huánuco, no Peru. Atualmente, é Professor Emérito da Universidade de Regensburg e Diretor Científico do Instituto de Direito Oriental. Na área penal, sua vasta e profunda produção científica (cerca de 30 obras e 500 artigos publicados) abrange temas que envolvem tanto a Parte Geral, quanto a Parte Especial do Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Oriental, Direito (Penal) Comparado e Internacional.

A obra “*Der Täter hinter dem Täter*”, aqui analisada, consiste na tese doutoral de Schroeder, elaborada sob a orientação de *Maurach*. O trabalho conta com 245 páginas, possui prefácio do autor, índice de conteúdo (sumário), lista de abreviaturas e, ao final, apresenta ampla lista bibliográfica e índice remissivo por matéria, o qual auxilia fundamentalmente o leitor na identificação de pontos mais conhecidos e de interesse específico. Em relação ao conteúdo, a obra é composta por uma introdução e seguida de três grandes partes, cuidadosamente distribuídas e devidamente aprofundadas (o que é possível identificar já a partir do próprio sumário), bem como de um breve resumo, que encerra a obra.

No prefácio o autor esclarece que a obra foi concluída no ano de 1962 e apresentada como tese doutoral à Universidade de Munique. Ademais, ressalta que foi utilizada a literatura e a jurisprudência publicada até a metade do ano de 1964, como, por exemplo, a obra fundamental de Roxin (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª. ed., 1963) e a decisão do BGH no caso *Staschynskij*. Na introdução, o autor estabelece, por conseguinte, de forma muito objetiva, que o problema que norteia a pesquisa é a questão “se é possível a autoria mediata no caso de atuação delituosa do executor direto” (*autor detrás do autor*).

A primeira parte da obra (A), intitulada “*Origem, fundamento e campo de aplicação da autoria mediata*”, está dividida em quatro tópicos (I-IV). No primeiro tópico (I), intitulado “O desenvolvimento da Teoria da Participação até o aparecimento do conceito de autoria mediata”, o autor destaca o fato de a teoria da participação ter sido desenvolvida pela Jurisprudência da Idade Média a partir dos conceitos de autoria real, *consilium* e *mandato* e que somente na primeira metade do século XVIII surge o conceito de “autoria mediata”, com *Stübel*.

No segundo tópico (II), intitulado “*Os fundamentos da autoria mediata*”, o autor ressalta que o estudo dos fundamentos da autoria mediata remete à discussão acerca das diferentes teorias da participação. Nesse sentido, adverte que por muito tempo a delimitação entre a autoria mediata e a instigação era decidida pelo direito positivo e que somente a partir do ano de 1943, com a introdução da ideia de acessoriedade limitada, procedeu-se a uma delimitação material entre ambas.

Com a clareza que lhe é peculiar, Schroeder demonstra que a problemática da autoria mediata percorre o longo caminho entre as teorias objetivas e subjetivas. No exame desta trajetória, o autor inicia com a teoria da autoria desenvolvida pelos hegelianos, os quais consideram admissível a figura da autoria mediata na hipótese daquele se utiliza de um “instrumento que, segundo as leis da natureza, atua sem vontade” (p. 22), abarcando aí, inclusive, o caso de provocação de uma conduta culposa. Em seguida, analisa as concepções que rechaçam a ideia de uma autoria mediata, por considerá-la uma “ficção” ou um “homúnculo superficial da doutrina penal” (*Hoegel*), um “*nullum*” ou algo impossível (*Zimmerl*). Retomando as concepções que admitem a autoria mediata, *Schroeder* analisa a teoria formal-negativa (*M. E. Mayer*, *Dahm Allfeld* e *Dohna*), a qual fundamenta

negativamente a autoria mediata pelo fato de o executor não poder ser autor. Por conseguinte, analisa a concepção daqueles que consideram a autoria mediata como autoria intelectual (*Schwalbach, Petri, Ludwig, Krauß e von Hippel*), a concepção dos partidários da antiga teoria da preponderância (*Borchert, Wolf, Wegner e Niethammer*), a concepção de autoria mediata como produto do uso da linguagem cotidiana (*Beling e H. Mayer*), as antigas teorias objetivo-materiais (*Flegenheimer, Perten, v. Birkmeyer e Frank*), a teoria subjetiva da participação (*Schönke-Schröder, Baumann, Nowakowski e Oehler*), a concepção dos partidários do conceito extensivo de autor (*Winter, v. Liszt, Eb. Schmidt, Mezger*), o conceito subjetivo-interno de autor (*Binding, Drost, Kohlrausch, Lange, Goetzeler*), a teoria da autoria como realização de um desvalor especial da conduta (*Engisch, H. Mayer*), até chegar à teoria do domínio do fato.

Ao abordar a teoria do domínio do fato Schroeder realiza uma análise mais aprofundada, a qual parte do surgimento da expressão e segue ao longo do seu desenvolvimento teórico com as concepções de *Welzel, Maurach e Roxin*, sem desconsiderar, ainda, outras posições que igualmente seguem a ideia de domínio do fato (a exemplo de *Gallas, Niese, Jescheck, Sax, Bockelmann, Dahm, Blei*). Nesse sentido, Schroeder analisa problemas específicos da autoria mediata à luz da ideia de domínio do fato, como o caso do instrumento incapaz e coagido (A, II, 13, “c”), do instrumento sem qualificação e sem intenção (A, II, 13, “e”), do instrumento que realiza o tipo (A, II, 13, “f”) e do que atua sob excludente da antijuridicidade (A, II, 13, “h”). O autor conclui que a concepção de *Welzel* (e também de *Gallas*), por tentar manter a relação com o conceito jurídico-penal de ação, depara-se com grandes dificuldades, enquanto que a concepção de *Maurach* elimina pequenas dúvidas, justamente por se afastar do ponto de partida final e reconhecer o domínio do fato como momento complementar, porém, entende que, desse modo, ela se aproxima das teorias objetivo-materiais.

Com isso, no terceiro tópico (III), intitulado “*O desenvolvimento do campo de aplicação da autoria mediata*”, o autor esclarece que uma fundamentação material deixa em aberto os casos nos quais não ocorre o domínio material do instrumento, ou seja, os casos nos quais não é possível a caracterização da autoria mediata devido à falta de domínio pelo homem de trás. E justamente por isso procede à análise da teoria do autor detrás do autor.

No quarto tópico (IV), intitulado “*O desenvolvimento da teoria do autor detrás do autor*”, o último da primeira parte (A), Schroeder elabora um breve panorama histórico da teoria do autor detrás do autor. Neste ponto, afirma ter sido a expressão “autor detrás do autor” (*Täter hinter dem Täter*) cunhada por *Lange*, em 1950, em seus Comentários ao Código Penal, bem como o fato de a mesma ter sido aceita pela doutrina em geral e, inclusive, utilizada na decisão do caso *Staschynskij* (BGH, 18, 87) e no processo *Eichmann*.

Na segunda parte (B), intitulada “*Os casos de autor detrás do autor*”, Schroeder segue em direção a uma análise indutiva de situações orientadas por hipóteses específicas, a saber: “o uso de um indivíduo que atua nos limites de uma exculpante” (1), “o abuso da relação de superioridade, especialmente da ordem ilícita” (2), a “fórmula do ‘fazer, bem como do deixar fazer’ nos tipos penais da Parte Especial” (3), “o uso de um indivíduo disposto ao fato” (4), “*der Bravo*” ou sicário, isto é, o contratado para causar a morte de outrem (5), “a provocação por meio da simulação das causas motivadoras” (6), a “autoria mediata por meio da realização de elementos de qualificação e de delitos especiais” (7), “a participação em delitos através da colaboração em organizações” (8), “a errônea suposição da posição de autor” (9), e, por último, o uso de um indivíduo que atua em *acto libera in causa*, com *dolus generalis* ou em

estado de necessidade exculpante (10).

Em conclusão ao tópico, o autor afirma que deste grupo de casos somente três correspondem às exigências das teorias objetivas, quais sejam: *a)* o do instrumento que atua nos limites de uma exculpante, no qual o fundamento para a figura do autor detrás do autor está no fato de existir o domínio sobre o executor e a própria causa exculpante, e cuja inexistência não satisfaria a segurança jurídica do homem de trás; *b)* o do uso de um instrumento coagido por meio da ordem de um superior, cujos fundamentos são essencialmente os mesmos da hipótese anterior; e *c)* o uso de um indivíduo disposto ao fato, em cuja hipótese o fundamento para a figura do autor detrás do autor está na previsibilidade da conduta do executor, verificada a partir da disposição ao fato já manifestada. Esta última hipótese, inclusive, mais tarde foi levada em conta por Roxin para o aprimoramento de sua concepção.² Além destes casos, Schroeder considera que nos casos de uso de um indivíduo que atua em *actio libera in causa*, com *dolus generalis* e em estado de necessidade exculpante a doutrina já havia estabelecido a figura do autor detrás do autor. Entretanto, no caso específico de uso de um indivíduo que atua em erro quanto à posição de autor, entende Schroeder que a caracterização do autor detrás do autor somente se admite no caso de aplicação da teoria subjetiva da participação. Tanto o exame das diferentes fundamentações da autoria mediata (A), quanto dos casos analisados (B), para Schroeder, tem a finalidade de identificar uma nova fundamentação para a figura do *autor detrás do autor*, a qual ele procura desenvolver na terceira parte do livro (C).

Na terceira parte (C), intitulada “*O autor detrás do autor e a dogmática jurídico-penal*”, Schroeder desenvolve seus próprios fundamentos. Primeiramente, o jurista alemão conclui que das regras de direito positivo não se pode extrair um reconhecimento expresso para a figura do autor detrás do autor e, por conseguinte, que o conceito primário de autor não é suficiente para delimitar a autoria do homem de trás. A partir daí, e, sobretudo, das críticas apresentadas às concepções teóricas estudadas na primeira parte da obra e da análise dos casos apresentados na segunda parte, Schroeder conclui que a hipótese da dupla autoria (autor detrás do autor) deve se apoiar em critérios distintos, a saber: “material em relação ao homem de trás, e formal ou material no caso do executor”. Daí afirmar que a questão deve se resolver a partir da combinação das teorias objetivo-formal e material do autor.

A obra de Schroeder, sem dúvida, consiste em um dos maiores e mais consistentes trabalhos acerca da teoria do autor detrás do autor. A propriedade com que o autor analisa todas as concepções teóricas que, de um modo ou de outro, procuraram fundamentar esta dupla autoria, bem como as críticas claras e pontuais que tece a cada uma delas são dignas de nota. Ademais, a própria solução da combinação, apresentada pelo autor, demonstra de forma nítida a insuficiência das concepções de domínio do fato e fazem da obra um referencial, imprescindível para todos aqueles que se dedicam ao estudo do tema.

² Compare ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. *ZIS*, vol. 07, 2006, p. 293-300; compare, ainda, ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219 e ss.