
Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato, explica Claus Roxin

A pessoa que ocupa uma posição no topo de uma organização precisa ter emitido uma ordem para que seja condenada pelo crime. O esclarecimento sobre a comentada teoria do domínio do fato foi feito pelo seu principal estudioso, Claus Roxin, em entrevista ao jornal *Tribunal do Advogado*, da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro.

O professor alemão, de 81 anos, esteve no Brasil na semana passada, momento em que os debates sobre a teoria à qual se dedicou por tanto tempo atingiram o seu auge no Brasil, ao ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mensalão.

“O ‘ter de saber’ não é suficiente para o dolo, que é o conhecimento real e não um conhecimento que meramente deveria existir. Essa construção de um suposto conhecimento vem do Direito anglo-saxônico. Não a considero correta”, ensina o professor emérito da Faculdade de Munique.

Conhecendo a posição do criador da teoria, a defesa do ex-ministro José Dirceu vai pedir a ele um parecer jurídico sobre o caso, segundo noticiou o jornal *Folha de S.Paulo*. Em entrevista ao jornal, o alemão [disse](#) que a teoria tem sido utilizada de forma errada no Brasil.

Leia a entrevista concedida ao jornal *Tribuna do Advogado*:

A teoria do domínio do fato foi citada recentemente no julgamento da Ação Penal 470. Poderia discorrer sobre seu histórico, fazendo uma breve apresentação?

Claus Roxin — A teoria do domínio do fato não foi criada por mim, mas fui eu quem a desenvolveu em todos os seus detalhes na década de 1960, em um livro com cerca de 700 páginas. Minha motivação foram os crimes cometidos à época do nacional-socialismo.

A jurisprudência alemã costumava condenar como partícipes os que haviam cometido delitos pelas próprias mãos — por exemplo, o disparo contra judeus —, enquanto sempre achei que, ao praticar um delito diretamente, o indivíduo deveria ser responsabilizado como autor. E quem ocupa uma posição dentro de um aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute a ação criminosa também deve responder como autor, e não como mero partícipe, como rezava a doutrina da época.

De início, a jurisprudência alemã ignorou a teoria, que, no entanto, foi cada vez mais aceita pela literatura jurídica. Ao longo do tempo, grandes êxitos foram obtidos, sobretudo na América do Sul, onde a teoria foi aplicada com sucesso no processo contra a junta militar argentina do governo Rafael Videla, considerando seus integrantes autores, assim como na responsabilização do ex-presidente peruano Alberto Fujimori por diversos crimes cometidos durante seu governo.

Posteriormente, o *Bundesgerichtshof* [equivalente alemão de nosso Superior Tribunal de Justiça, o STJ] também adotou a teoria para julgar os casos de crimes na Alemanha Oriental, especialmente as ordens para disparar contra aqueles que tentassem fugir para a Alemanha Ocidental atravessando a fronteira entre os dois países. A teoria também foi adotada pelo Tribunal Penal Internacional e consta em seu estatuto.

Seria possível utilizar a teoria do domínio do fato para fundamentar a condenação de um acusado, presumindo-se a sua participação no crime a partir do entendimento de que ele dominaria o fato típico por ocupar determinada posição hierárquica?

Claus Roxin — Não, de forma nenhuma. A pessoa que ocupa uma posição no topo de uma organização qualquer tem que ter dirigido esses fatos e comandado os acontecimentos, ter emitido uma ordem. Ocupar posição de destaque não fundamenta o domínio do fato. O ‘ter de saber’ não é suficiente para o dolo, que é o conhecimento real e não um conhecimento que meramente deveria existir. Essa construção de um suposto conhecimento vem do direito anglo-saxônico. Não a considero correta.

No caso de Fujimori, por exemplo, ele controlou os sequestros e homicídios que foram realizados. Ele deu as ordens. A Corte Suprema do Peru exigiu as provas desses fatos para condená-lo. No caso dos atiradores do muro, na Alemanha Oriental, os acusados foram os membros do Conselho Nacional de Segurança, já que foram eles que deram a ordem para que se atirasse em quem estivesse a ponto de cruzar a fronteira e fugir para a Alemanha Ocidental.

É possível a adoção da teoria dos aparelhos organizados de poder para fundamentar a condenação por crimes supostamente praticados por dirigentes governamentais em uma democracia?

Claus Roxin — Em princípio, não. A não ser que se trate de uma democracia de fachada, onde é possível imaginar alguém que domine os fatos específicos praticados dentro deste aparato de poder. Numa democracia real, a teoria não é aplicável à criminalidade de agentes do Estado. O critério com que trabalho é a *dissociação do Direito* (*Rechtsgelöstheit*). A característica de todos os aparatos organizados de poder é que estejam fora da ordem jurídica.

Em uma democracia, quando é dado o comando de que se pratique algo ilícito, as pessoas têm o conhecimento de que poderão responder por isso. Somente em um regime autoritário pode-se atuar com a certeza de que nada vai acontecer, com a garantia da ditadura.

Date Created

15/11/2012