
Ives Gandra: No Direito, não há marcas nem patentes a serem preservadas

**Artigo publicado originalmente no jornal Folha de S.Paulo do dia 22 de outubro de 2013.*

Causou-me um misto de perplexidade e bom humor que uma longa entrevista concedida à brilhante jornalista Mônica Bergamo fosse quase que inteiramente ignorada e que apenas dois parágrafos dela causassem desproporcional impacto.

Tive mesmo a impressão de que — para muitos — aqueles dois parágrafos estariam a concentrar não só tudo o que escrevi na vida, mas toda a minha concepção jurídica da ordem social.

Na entrevista, eu disse que a teoria do domínio do fato, tal como foi aplicada na ação penal 470, trazia insegurança jurídica e que, se tivesse que ser aplicada, quem teria o domínio do fato completo seria o presidente da República.

Como um velho e modesto advogado provinciano, aprendi com meus mestres — à época em que os lentes da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco eram criadores de teorias, e não reprodutores eletrônicos ou presenciais de teorias alheias — que a letra da norma, na esmagadora maioria das vezes, exterioriza o seu conteúdo.

Meu velho e saudoso mestre Canuto Mendes de Almeida abominava as sofisticações teoréticas, lembrando sempre que, por destinar-se a ser aplicado, deve o Direito ser inteligível pela sociedade, pois a clareza do legislador atesta a fidalguia do governante.

Claus Roxin não foi o criador da teoria do domínio do fato, embora seu mais conhecido intérprete. Adaptou-a de Hans Welzel, seu verdadeiro autor, à sua concepção própria, e não pretendeu impedir outros juristas de fazerem o mesmo. Em Direito, não há marcas e patentes a serem preservadas, e a ministra Rosa Weber (Supremo Tribunal Federal), quando a ela se referiu, apresentou-a conforme sua leitura.

Quando, nos dois parágrafos e na breve nota que publiquei na *Folha*, aludi a seu criador (Welzel) e a seu mais conhecido intérprete e inovador (Roxin), apenas disse que tal teoria, segundo o meu direito de interpretá-la, foi aplicada à falta de prova material consistente.

Lembro que, se há prova material contra quem comanda uma ação, a teoria é despicienda. As provas por si só já servem para condenar e, conforme o nível da participação do protagonista na condução dos atos delituosos, as penas serão agravadas. Quando as provas materiais inexistem, havendo apenas indícios ou provas testemunhais, é que se lança mão de uma teoria agregadora do comando.

A aplicação de teoria do domínio do fato a Rafael Videla (Argentina) e a Alberto Fujimori (Peru) decorreu de serem presidentes da República. Embora os crimes tenham sido praticados por seus subordinados, estavam estes sob seu comando.

É bem verdade que Hans Welzel não conseguiu a aplicação da teoria aos crimes praticados pelo partido nazista. Para Welzel, quem determina a execução do crime não é dele partícipe, mas autor.

O certo é que os ministros do STF que se referiram à teoria interpretaram-na com a liberdade própria de doutrinadores, não podendo ser criticados de o terem feito, de acordo com suas convicções.

Eu, pessoalmente, nos dois curtos parágrafos da longa entrevista, discordando da conformação que a jurisprudência brasileira dá à teoria do domínio do fato e dos eminentes ministros que a adotaram, suscitei minha preocupação de que sua adoção, sem que haja provas materiais consistentes, pode trazer insegurança jurídica. E manifestei minha preferência, em Direito Penal, pela teoria que levou o Supremo Tribunal Federal, após o impeachment do presidente Collor, a absolvê-lo por falta do nexo causal entre conduta e resultado e de prova material consistente.

O aspecto positivo dos dois parágrafos, todavia, foi abrir-se um debate sobre a matéria, que permitirá o aparecimento de novas exegeses sobre o tema levantado por Hans Welzel em 1939.

Date Created

22/10/2013