

O DOMÍNIO DO FATO E O ETIQUETAMENTO DOS CRIMES HEDIONDOS – a banalização de teses no Direito Penal a partir da falta da filosofia

Lenio Luiz Streck*

1 A banalização dos crimes hediondos ou “se tudo é, nada é”

1.1 Uma pequena lenda: quando bater carteira dava pena de morte

Conta-se que o dia em que enforcaram os primeiros condenados à morte pelo crime de bateção de carteira no século XVIII, foi também o dia em que mais carteiras se furtou. Os curiosos foram à praça ver os enforcamentos e, bingo! A malta – lixando-se para a hediondez do crime (a metáfora é minha) – aproveitou para tungar mais ainda.

Veja-se: não estou dizendo que a pena não resolve. Tenho minhas diferenças com setores do direito penal brasileiro, principalmente com os iluministas tardios ou os libertaristas, que por vezes parece que desejam proibir que se proíba algo.¹ Nem um garantista da cepa de Ferrajoli pensa assim, embora alguns leitores do mestre acreditem que ele seja um abolicionista.

* Procurador de Justiça-RS; Professor Titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ; Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL); Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

¹ Refiro-me, nesse sentido, a algumas decisões que se enquadram nessa linha do exagero da falta de limites semânticos e de um libertarismo fora do tempo. Por exemplo, a decisão da 3ª. Câmara Criminal do RS (MARTINS, Jomar. Entrar com droga em presídio não é crime, decide TJ-RS. *Consul-*

De minha parte, acredito que a pena é necessária, como já deixei explicitado em outros textos. A pena é castigo. É retribuição. E deve servir para prevenção geral. Mas só ela – a pena – não resolve. E, quanto maior e inexecutável, mais caráter simbólico assume. Lembro, nesse sentido, da transformação da falsificação de medicamentos em crime hediondo (Lei 9.677/98). Alguém recorda de alguma condenação? Fazendo uma alegoria em relação à lenda dos enforcamentos e da tanga das carteiras, no dia em que sancionaram a hediondez dos medicamentos foi o dia em que mais se falsificou uma ideia: a de crime hediondo como panaceia – como remédio (sem trocadilho) para todos os males.

1.2 A velha mania de legislar no calor da novidade

Pois estamos diante de uma nova inclusão de crimes do rol dos hediondos. Aprovado ou não o Projeto que trata da matéria, o que importa é o seu aspecto simbólico e do retrocesso que a simples ideia representa no cenário do direito criminal. Desta vez são os crimes de corrupção e peculato (entre outros). Isso, à evidência, merece uma discussão mais aprofundada. É o pano de fundo necessário para revolver o chão linguístico em que está assentada a tradição acerca do que seja bem jurídico e o poder-dever de punição em *terrae brasilis*.

Quem tem acompanhado as sucessivas manifestações e seus mais recentes desdobramentos pode observar que os poderes da República refizeram sua agenda de modo a dialogar com as tantas vozes que vêm das ruas clamando por mudanças (refiro-me às manifestações de junho de 2013 que abalaram o país). À evidência, refiro-me aqui a quem o faz com olhos críticos. A massa recém-desperta (?) ainda se alterna entre o deslumbramento e ação irrefletida.

Contudo, o momento é realmente muito bom para que pensemos sobre as questões estruturais dos problemas evidenciados nas manifestações, afinal, só assim se poderá reconhecer e refutar factoides, paliativos e demagogias, tanto os exigidos quanto os oferecidos e recebidos muitas vezes como soluções. Por isso, irei analisar a elevação do crime de corrupção (e outros) ao *status* de hediondo, cartaz levantado por inúmeros manifestantes, compromisso da Presidência da República e projeto aprovado no Senado.

tor Jurídico, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/tentar-entrar-presidio-droga-escondida-nao-crime-decide-tj-rs>>. Acesso em: 10 jul. 2013), que considera crime impossível a tentativa de uma mulher levar drogas, introduzidas na vagina, para o interior do presídio. Trata-se de uma espécie de hermenêutica de exceção, com a suspensão da legislação por argumentos de política e não de princípio.

1.3 O direito penal e o dinheiro da viúva

Sinto-me a cavaleiro para falar sobre e do assunto. Afinal, fui citado na exposição de motivos do projeto da nova Lei (ainda falta aprovar na Câmara). Antes de tudo, devo louvar o interesse e a dedicação do Senador Pedro Taques. Se o seu mandato de Senador encerrasse hoje, seu nome já estaria gravado no Senado como um dos mais combatentes parlamentares contra a impunidade. Veja-se a sua luta para a aprovação do novo Código Penal e suas discussões – fortes – com setores refratários a uma exasperação das penas dos crimes de cariz metaindividual. Taques tem muito claro que no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve voltar as suas baterias em direção aos crimes que colocam em xeque os objetivos da República. Ou seja, penas menores para os crimes de cariz individual e penas mais duras para os crimes cometidos pelo andar de cima, onde se enquadra, sim, a corrupção, bem como a sonegação de tributos (*o “sonômetro” aponta para o valor de R\$ 415,1 bilhões/ano*).² Já, aqui, vai um pequeno registro: parcela considerável do direito penal de *terrae brasilis* não quer discutir essa questão da criminalização mais dura da sonegação de tributos... Por que será?

Sigo. A demanda por reprimenda efetiva para as condutas que lesam o patrimônio público (obviamente) não é nova. Não que seja levada em conta quando elegemos nossos representantes. A (lei da) ficha limpa é um belo exemplo disso: uma lei que impede que elejamos novamente pessoas que macularam seu histórico – sozinhos não somos capazes de deixar de votar nessa gente, mas é uma bandeira balançada por setores da direita e da esquerda de forma indistinta. Ou seja: somos “tão bons”, saímos para protestar, mas precisamos de uma lei para “nos proteger” (de nós mesmos) para que não elejamos “fichas sujas”.

1.4 A corrupção e a hediondez

Como referido, o Senado aprovou no dia 26 o PLS 204/11 que inclui no rol dos crimes hediondos os tipos penais descritos nos arts. 316, 317 e 333 do CP.³ Elevou ainda as penas mínimas de todos para quatro anos. Tal fato se deu no dia imediatamente posterior à Presidenta se dirigir à nação e afirmar ser prioridade a elevação do crime de “Corrupção dolosa” (sic).

² SONEGAÇÃO no Brasil: uma estimativa do desvio da arrecadação. *Sonômetro*. [s.l., 2011?]. Disponível em: <<http://www.sonegometro.com/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

³ Durante os debates, foram incluídos, no Projeto original, também como hediondos os crimes de homicídio simples, excesso de exação e peculato (estes últimos com pena mínima aumentada para 4 anos).

Pois bem. Foi feito. E agora? “Corruptos” passarão a ser vistos frequentando o sistema carcerário? Não é bem assim...

Já denuncio de há muito (e nessa esteira uma série de orientandos meus) que o Direito Penal em *terrae brasilis* não passou por uma filtragem constitucional em 1988 e segue sendo remendado sem a observância dos requisitos impostos pela nova ordem paradigmática e consoante com o avanço da teoria do delito. Aproveito para refutar aqui a tola (e tão comum no imaginário jurídico) ilusão de que se pode separar teoria e prática, como se por trás desta última não houvesse qualquer fundamento teórico, de modo a realizar-se por si mesma.

Mais: há quase vinte anos, venho denunciando a seletividade penal e a consequente disparidade de tratamento dado às penas previstas para os delitos individuais, em especial nos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência à pessoa, e os metaindividuais cometidos por agentes econômica ou politicamente poderosos, como nos casos da sonegação fiscal, da apropriação indébita previdenciária e dos crimes contra o sistema financeiro em geral. E tenho sido criticado duramente por isso.

Denuncio, com veemência, que o Código Penal de 1940 foi escrito sob a lógica liberal individualista, o que fez com que a propriedade privada tenha ocupado o centro das atenções e recebido uma tutela amplamente superior se comparada a dos bens jurídicos coletivos. Por justiça, diga-se: é um Código de seu tempo.

1.5 E a velha concussão “ficou” hedionda

O problema é que esse velho Código – de perfil liberal-individualista – atravessou o século XX e ingressou no século XXI. Nele está o crime de concussão (art. 316, Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida), que – pasmem – *possui pena idêntica ao do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo* (art. 155, § 4º, do CP), qual seja a de 2 a 8 anos de reclusão. Quais são os livros de direito penal que denunciaram isso (no devido tempo) no plano daquilo que denomino de “paradigmas do direito”?

Esse mesmo Código foi (mal) “recepcionado” pela Constituição de 1988. As distorções contidas no Código ancião podem ser constatadas em toda a legislação penal, v.g., os que tratam do meio ambiente, do consumidor, da infância, dos idosos... e também das finanças públicas, cuja tutela se dá por uma série de tipos penais, não somente por aqueles eleitos para reforma. Que dizer, então, da comparação com o crime de tortura (Lei 9.455/97), equiparado a hediondo, cuja pena é a mesma do furto qualificado (e sem multa!)? Aliás,

como é que em crimes contra o patrimônio, cujo autor, em 99% dos casos é pobre, aplicam-se multas? Pergunte a qualquer juiz quantos condenados por crimes contra o patrimônio ele já viu pagando a multa. Isso é a demonstração de que nosso Código Penal se descolou da realidade. No jargão psicanalítico isso se chama esquizofrenia.

A comunidade jurídica se deu conta de que, no entremeio disso tudo, nada se falou da praga contemporânea chamada *fraude a licitações*, cuja pena máxima sequer permite privação da liberdade?⁴

Ou a maioria dos crimes de responsabilidade de prefeitos, cuja pena mínima é de três meses? Esta funda-se em uma inadequada e, indubitavelmente ultrapassada, teoria da discricionariedade administrativa (importada de forma completamente indiscriminada e extremamente conveniente para as elites de *terrae brasilis*), que permite ao administrador “de plantão” impor sua vontade com a capa de sentido da legitimidade teórica que esta “janela” (aquela enraizada no capítulo oitavo da TPD de Kelsen) de liberdade lhe oferece. Configura-se uma verdadeira erosão de legalidade e traição do Estado Democrático de Direito, promovendo uma retroalimentação da desigualdade, que passa a ser cada vez mais patrocinada pelo próprio Estado!

E por que não se falou sobre a forma como se tratam as sonegações tributárias, especialmente no tocante à famosa portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda que diz que a União só deve perseguir créditos tributários superiores a R\$ 20.000,00 e cuja consequência é a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação, descaminho etc. nos casos em que o valor seja menor do que esses 20 mil reais?

1.6 Cento e sessenta e três ações penais, um mandado de prisão

De 1988 para cá não houve uma diminuição nas distorções do direito penal brasileiro. Na verdade, é possível dizer, levando em conta o novo paradigma constitucional, que, de lá para cá, a coisa só piorou. Alias, um breve passar d’olhos sobre a lei penal brasileira é suficiente para revelar a escancarada a preferência do legislador quanto ao bem jurídico a ser protegido com maior esmero, (eis que a pena deve guardar congruência com a necessidade de tutela) quando se tem como parâmetro de comparação as sanções cominadas aos crimes de redução a condição análoga à de escravo (pena de 2 (dois) a 8 (oito)

⁴ Lei 8.666/93, art. 90: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

anos de reclusão) e o crime de extorsão mediante sequestro com duração de mais de 24 horas (pena de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão).

Repita-se que o crime de supressão ou alteração de marcas de animais (art. 162 do CP) é apenado com 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção e multa, pena máxima superior à cominada aos crimes de subtração de incapazes (art. 249 do CP), violência doméstica nas hipóteses do § 10 (art. 129 do CP), maus-tratos (art. 136 do CP), violação de domicílio – quando praticada durante a noite ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou, ainda, por duas ou mais pessoas (art. 150, §, 1º) e assédio sexual [art. 216-A do CP, pena máxima de 2 (dois) anos]. O apenamento máximo excede, ainda, as penas originalmente previstas a crimes contra a ordem tributária (destaque para o art. 2º da Lei 8.137/90), alguns crimes ambientais (arts. 32; 45; 50 da Lei 9.605/98), a sérios crimes cometidos contra criança e adolescente (arts. 228; 229; 230; 231; 232; 234; 235; 236; 244 da Lei 8.069/90) e a crimes ocorridos em licitações (arts. 93; 97; 98 da Lei 9.666/93).

Não causa surpresa que dados extraídos do Infopen⁵ revelem de forma cristalina a manutenção da clientela “hospedada” nas penitenciárias, cadeias públicas e demais estabelecimentos prisionais brasileiros. Num universo de 471.254 internos, 216.870 não completaram o ensino fundamental, 52.970 não concluíram o ensino médio e 26.343 sequer foram alfabetizados.

Tampouco surpreende a constatação de que 240.642 cumprem pena por crimes contra a propriedade e somente 1.144 por crimes contra a administração pública (peculato, concussão e excesso de exação e corrupção passiva). 125.744 cumprem pena por tráfico de entorpecentes, ao passo que 156 o fazem por crimes ambientais. Por tudo isso, não é sem motivo que não constam registros de internos condenados por fraude à licitação, gestão fraudulenta (ou qualquer outro crime contra o sistema financeiro).

1.7 O legislador tem liberdade de conformação?

Alias, seria o legislador “livre” para fazer essas opções, escolhendo como apenar ou como escusar de sanção a ofensa a bens jurídicos? Num Estado Democrático de Direito essa resposta só pode ser um sonoro não.

Num Estado Democrático de Direito não há (mais) oposição entre Estado e sociedade. Para explicar, estou fazendo uma afirmação normativa e não sociológica. Ou seja, é preciso entender essa “não oposição”. Afinal, sabemos que

⁵ Dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 25 maio 2012.

é próprio do constitucionalismo, e mesmo do constitucionalismo democrático tentar lidar com a óbvia possibilidade de não cumprimento ou de não aplicação do Direito pelo Estado, ao menos óbvia para essa tradição, de “oposição” entre Estado e sociedade. Do *Habeas Corpus* e do direito de petição, à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, ao *Habeas Data* e ao mandado de injunção, etc, garantias todas elas para lidar juridicamente com situações de “oposição” entre Estado e sociedade... De todo modo, arrisco em dizer que a defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior dessa “reviravolta”, é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional, aquele traduzido em linhas gerais no artigo 3º da Constituição.

Nesse contexto, surge (*desvela-se*, em sentido hermenêutico) uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos *supra* ou *metaindividuais*, que afetam toda a coletividade. Fala-se no enfrentamento de crimes como a sonegação de tributos e a lavagem de dinheiro (todos esses com lesividade metaindividual). Já de pronto, uma sugestão: que o Parlamento revogue os dispositivos da Lei 10.684/2003 (art. 9º) e da Lei 11.941/2009 (art. 69) que dizem que o pagamento do tributo extingue a punibilidade. Ou, então, apliquemos a isonomia: permitamos também que nos crimes cometidos pela patuleia (furtos, estelionatos) a ausência de prejuízo e ou a devolução do valor obtenha também esse favor *legis*.⁶

Afinal, a República é só para os integrantes do “andar de cima”? Nesse sentido, vale lembrar que Constituição (que não é uma mera “carta de intenções”) efetivamente determina ao Legislativo e ao Judiciário que orientem o seu agir para esta direção, dando *proteção suficiente* aos bens jurídicos que foram catalogados em destaque (não só a ordem econômico-financeira, mas também o meio também o meio ambiente e a infância e juventude, por exemplo). E, afinal, se o Direito Penal é a *ultima ratio*, a mais grave das redes sancionatórias do aparato estatal, o mínimo que se espera (e aí Dworkin tem razão,

⁶ À parte o que já venho escrevendo há tempos sobre a disparidade de tratamento entre os crimes do andar de baixo e de cima, há um texto recente de Rosivaldo Toscano, orientando meu, no qual aborda a questão, notadamente entre o furto e a apropriação indébita simples frente à apropriação indébita previdenciária. Ele denuncia o constante uso de falácias em decisões dos tribunais superiores. E demonstra como elas terminam servindo de esteio para se contornar o princípio da isonomia. Cf. SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Crime, reparação do dano, falácias e igualdade – Themis pode usar venda, mas o juiz não. In: *Anais do II Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais contemporâneos*, 2011, Porto Alegre. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Rosivaldo_Toscano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

quando cobra coerência e integridade do Direito) é que trate desigualmente os crimes desiguais. Exemplificando para ficar mais claro: se o patrimônio individual é algo a ser protegido (e segue sendo a propriedade um direito fundamental, algo que se lembra para evitar mal-entendidos – art. 5º, XXII da CR), inclusive via Direito Penal, então não pode haver dúvida de que o tratamento deve ser ainda mais rigoroso quando a lesividade atinge o patrimônio da coletividade.

O que não implica, como se viu, acreditar que a majoração do apenamento operará uma espécie de “mágica moralizadora” na sociedade brasileira. Ela tem um papel a cumprir, mas o combate à rapinagem institucional não se dá somente pela falta de instrumentos. Manca, também, vontade política e compromisso republicano. Todo parlamentar apresenta a declaração de bens ao TRE/TSE. As evoluções patrimoniais ao longo dos mandatos chegam a ser absurdas em alguns casos (e por tantas vezes são desconsideradas). O Ministério Público e os Tribunais de Contas têm acesso aos procedimentos licitatórios (são públicos). A lei da transparência abriu os gastos públicos para o controle social... Nunca foi tão fácil detectar e comprovar improbidades e mau uso do dinheiro da viúva. O COAF atua bem e em compasso com grupos da Polícia e do MP. Falta trabalhar!

Outra medida efetiva seria por fim ao foro por prerrogativa de função, vergonhosamente conhecido como foro privilegiado. E os números apontam para a veracidade do apelido. Há, hoje, somente no Supremo Tribunal Federal, 163 ações penais originárias, sem falar nos 483 inquéritos.⁷ Tendo em vista isso e o histórico de apenas um mandado de prisão desde 1988 (25 anos!), expedido, por sinal, semana passada, dá-se pra entender que a prática tem sido de impunidade. E só recentemente houve a primeira condenação e aplicação de pena.

Portanto, o problema não está em se converter em hediondo – se isso não passar de apenas discurso. Um mandado de prisão em 25 anos é muito pouco para um tribunal que julga questões tão graves do andar de cima. O mero incremento das penas sem a persecução penal efetiva é um engodo.

Tudo isso sem contar que o discurso da hediondez desvia o foco, é o bode expiatório para que as massas possam dormir à noite e sonharem com a diminuição da impunidade e com a falácia da isonomia. Enquanto isso, meio milhão de desdentados superlotam celas infectas e a centenária impunidade do andar de cima será, por um tempo, esquecida. Veja-se: não se trata de uma frase de efeito: o número está correto e eles, na sua imensa maioria, são destituídos de uma adequada detenção.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acervo processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervoquadros.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

Muito mais efetivo, portanto, é o fim do foro privilegiado. Mas a isonomia, aqui, não é um princípio que pega bem. Sempre há pessoas “mais iguais” que outras, principalmente quando legislam em causa própria... ou quando desviam o foco por meio de um discurso demagógico e embromador.

1.8 Por que 4 anos?

De se notar que o que se aumentou nos tipos penais analisados foi a pena mínima (de 2 anos para o dobro). Mas esse número não foi produto de cabalas ou eleito ao acaso. Lembremos que pela nossa legislação atual, quando a pena aplicada não for superior a 4 anos (eis o número não cabalístico), permite-se a substituição da privativa de liberdade (cadeia) por uma pena restritiva de direito (as populares “penas alternativas”). Aqui está o *busilis*. Logo, o que dá com uma mão, tira-se com a outra.

Já um crime como roubo em concurso de pessoas não permite essa substituição. Mas tráfico de entorpecentes, ainda que em uma situação restrita,⁸ sim. Portanto, resta paradoxal e incoerente taxar de “hediondo” um certo crime e, ao mesmo tempo, possibilitar a aplicação de penas restritivas de direitos em seu tipo básico. A hediondez deveria ser reservada para um tipo de criminalidade, desculpem-se a obviedade, “hedionda”, como o estupro, o latrocínio, genocídio... Não deveríamos banalizar esse epíteto. Se tudo é, nada é. Se consideramos correta a inclusão da corrupção e do peculato no rol dos hediondos, o que justifica a exclusão do crime de lavagem de dinheiro e sonegação de tributos? Atenção: não estou nem de longe propondo isso. Quero apenas fazer uma caricatura, para denunciar a falta de isonomia, coerência e integridade da legislação e do próprio Poder Judiciário, que não aplica a isonomia.

1.9 A aplicação da *Übermassverbot* (proibição de excesso)

Resultado: a pretexto de punição, corre-se sério risco de favorecer a impunidade. Não é assim que se faz. Todos sabem da minha predileção pelo legislador. Pela defesa que dele faço. E todos sabem da defesa que faço da necessidade de o Estado combater com vigor os delitos que colocam em xeque os objetivos da República previstos na Constituição. Mas, há limites. E estes são os limites constitucionais. A teoria do bem jurídico não pode ser banalizada a

⁸ Diz o § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006 que as penas por tráfico de drogas “poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

este ponto. Assim como, por exemplo, o legislador não poderia descriminalizar o estupro ou o homicídio (para dizer o mais), também não pode punir sem qualquer critério que respeite alguns elementos cunhados pela tradição do direito penal do Estado Democrático de Direito. No primeiro caso, seria possível trabalhar a hipótese de aplicar a cláusula (ou princípio) da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*),⁹ porque patente, em tais hipóteses, a proteção insuficiente ou deficiente dos bens jurídicos em tela. No segundo caso – e aqui se aplica a “hediondez” da corrupção e do peculato – parece visível o excesso de punição, podendo-se dizer que o legislador violou a cláusula da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Claro que tais princípios não são fáceis de explicar e/ou aplicar. Nesse sentido entra a importância da doutrina, que deve traçar esses limites, até para evitar que o judiciário decida de forma voluntarista (para “cima” ou para “baixo”). Além disso, dever-se-ia exigir do legislador a necessária prognose. Afinal, quais os elementos objetivos que apontam para o fato de que, transformando a corrupção em crime hediondo, haverá um arrefecimento nos atos de proxenetismo do dinheiro das Viúvas (municipal, estadual e federal)? Banalizar é sempre ruim. Banalizar o bem, banalizar o mal, banalizar a punição ou o desejo de punição... Tudo pode acabar em frustração.

1.10 Numa palavra

Como se pode ver, toda essa discussão de aumento de penas em tais tipos é inócua se os Órgãos encarregados da investigação continuam sem a infraestrutura necessária para o enfretamento da questão. Polícia aqui não foi feita para o andar de cima. Que dizer do resto? Estado de Direito para o andar de cima e Estado Polícia para o debaixo.

É claro que esse roteiro passa sempre pela impunidade. Até parece que esse filme é uma comédia. Mas não. Em um Estado com tanta malversação dos recursos públicos e com um estamento que trata a coisa pública como própria, desconhece (ou deliberadamente desrespeita) a moralidade e desvia o que deveria ir para os mais carentes, que mata e oprime por meio de uma violência simbólica colossal em sua dimensão e pelo tempo que perdura, só podemos concluir que estamos assistindo, na verdade, a uma tragédia. Por isso, os projetos salvacionistas como a hediondez da corrupção. É mais ou menos como transformar, no século XVIII, o crime de furto em enforcamento.

⁹ Nesse sentido, remeto o leitor ao livro de Maria Luiza S. Streck, *Direito Penal e Constituição – o lado esquecido dos direitos fundamentais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

Vem de novo a questão do papel da doutrina. Devemos construir uma tradição acerca do que é e pode ser hediondo. E devemos construir uma teoria do bem jurídico-constitucional. Ninguém mais acredita na consciência profana do injusto ou na ontologia do bem jurídico (bem ao gosto do finalismo). Os tempos são outros. Vamos arregaçar as mangas. Vamos “constranger epistemologicamente” os legisladores (assim como devemos constranger epistemologicamente os julgadores – e não o fazemos). Ou seja, a doutrina deve se dar o respeito. Deve parar de lamber os sapatos dos outros (me entendam no que quero dizer...). Já estou até vendo os futuros lançamentos de compêndios e manuais: “como se interpreta a nova lei da corrupção” ou algo similar. E começará tudo de novo.

E não esqueçamos de Thomas More (1478-1535), que escreve na *Utopia* (1516): *Você primeiro faz os ladrões, depois os castiga.*

2 A teoria do domínio do fato e o perigo de sua aplicação aos moldes da ponderação alexiana

2.1 Antes do julgamento do mensalão, antecipei a banalização do uso da tese do domínio do fato

Já em agosto de 2012, em texto no CONJUR, alertava a comunidade jurídica acerca das peças que o direito e sua operacionalidade nos pregam cotidianamente. A relação “teoria-prática” é absolutamente ficcional (mormente em *terrae brasilis*). As teorias aplicadas no direito penal – para ficar na especificidade – ressentem-se dos necessários pressupostos filosóficos, para dizer o mínimo. Se, por exemplo, perguntarem para (muitos) juristas que escrevem sobre “o finalismo” acerca dos fundamentos filosóficos de tal teoria, podem apostar que a resposta estará limitada à dogmática penal.

Naquele momento, no julgamento da AP 470 (mensalão), estava-se diante de uma tese que poderia não ser bem entendida. Para o “bem” e para o “mal”. Como um mantra, repetia-se, então, a teoria do “domínio do fato”. Preocupava-me a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: minha preocupação nem era somente com relação ao julgamento do mensalão, e, sim, em relação aos casos seguintes, assim como os efeitos colaterais nos demais Tribunais do país.

Portanto, aponte para o risco de a tese do domínio do fato ser transformada em uma nova “ponderação” ou em uma espécie de “argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade”, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil. Quantas vezes já a aplicamos em *terrae brasilis*? No plano da cotidiani-

dade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio. Parece que nossos juristas estão mais preocupados em discutir o “feijão com arroz do Direito Penal”.

Qual era o ponto? O do uso discricionário da tese. Como venho denunciando, a discricionariedade é a doença contemporânea do autoritarismo no direito. Ora, desse modo, a tese do Domínio do Fato acaba sendo um álibi teórico. Parece evidente que a tese não pode ser algo tão singelo assim.

O que mais eu dizia? Que não iria aprofundá-la, até porque não era essa a intenção do texto, *verbis*:

Mas, com certeza, uma pequena pesquisa nas suas origens pode ajudar na elucidação e na tomada de um cuidado na sua aplicação. Portanto, a pretensão destas reflexões é auxiliar na compreensão da tese. Nada mais do que isso. Vamos lá: sua origem está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. Com certeza, há razões ideológicas sustentando as posições de cada um (Welzel e Roxin), devendo ser levado em conta, ainda, a distância temporal.

Dizia, na sequência, que a teoria do domínio do fato tem como pressuposto determinar a possibilidade de se “pegar” o “homem que está por trás” do crime ou da organização criminosa. É o sujeito que não está presente diretamente na cena do crime, mas dele partiu a ordem para a consecução do delito. Sem ele, o crime não se configura(ria). Obviamente que não basta o mero domínio da organização para a caracterização da autoria. Mais que isso, ele “domina a vontade da ação” Algo como “os autores sempre têm o domínio do fato; já os partícipes não, porque sua ação é acessória”. Sendo mais claro: segundo Roxin, em uma organização delitiva, os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores *mediatos*, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis.

Acrescentei, mais ainda, que a tese é do longínquo ano de 1963, quando Claus Roxin escreveu o artigo *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate* (que quer dizer *Crimes como parte das estruturas de poder organizadas*) na Revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (p. 193 e segs.). Indicava material a respeito, v.g., *Festschrift für Claus Roxin zu 70, Verlag de Gruyter* (Berlin, 2001 – Bernd Schünemann e Cristian Jager – editores). Apontava, por exemplo, a aplicação da tese pelo Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) alemão em 1994, tratando de crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (foram condenados os autores mediatos — por exemplo, o ministro do Interior – e os soldados atiradores). Trata-se de entender, nesse contexto, a importância da determinação da autoria dos mandantes (autoridades políticas) que, por exemplo, determinavam, embora não diretamente, que se atirassem nas pessoas que tentassem fugir da *DDR*, no famoso

caso *Der Mauerschützen-Prozesse* – o processo dos atiradores do muro. O ex-ditador Alberto Fujimori também foi condenado com a utilização da tese do Domínio do Fato. Também o julgamento da Junta Militar Argentina albergou a tese.

Sustentei, ademais, que a tese tem, no seu nascedouro, uma forte especificidade “política”, porque mais destinada – o que não quer dizer exclusivamente – a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores de direitos humanos. Explico melhor isso: Roxin mesmo diz que escreveu a tese em virtude do “caso Eichmann” (seria uma tese de exceção, portanto, datada?).

Mas, perguntava, qual é o problema da tese? Em primeiro lugar, a julgar pelas decisões mais contemporâneas nos tribunais alemães, não se sabe bem se, com a tese, abandona-se a teoria subjetiva e se aceita de vez a teoria objetiva do Domínio do Fato (essa é uma preocupação de um penalista do quilate de Kai Ambos, para referir apenas esse).¹⁰ Só isso já dá para fazer uma bela discussão, mormente se trouxermos para dentro pitadas de filosofia. Em segundo lugar, parece haver uma excessiva abertura. Ela não revoga, e nem substitui, a questão fulcral da teoria do delito, que é a necessidade de se apurar efetivamente os pressupostos que a engendra(ra)m historicamente.

Sempre com sentido antecipatório, para evitar qualquer aplicação arbitrária da tese, quis dizer que a teoria (ou tese) não é aberta “em si”. Ela não foi engendrada para ser uma espécie de “cláusula aberta do Direito Penal”. Tampouco foi construída para ser um “mantra jurídico”. O problema, pois, é que a dogmática jurídica pode vir a transformá-la em uma “tese indeterminada”, algo como uma “teoria que sofre de anemia significativa”. Já bastam as cláusulas gerais do Código Civil e os conceitos alargados de dignidade da pessoa humana, em que “cabe qualquer coisa”. Sei que não é a mesma coisa. Mas, por acaso não foi por aqui que se escreveu que “a culpabilidade era pressuposto da pena”, cindindo (sic) o conceito de delito (crime seria apenas um fato típico e antijurídico)? Nessa mesma linha, não esqueçamos que as teses sobre imputação objetiva estão no nosso horizonte.

Por derradeiro, naquele agosto de 2012, chamei a atenção para a responsabilidade da comunidade jurídica com teorias, teses ou posturas. Nosso passado não recomenda muito. Por exemplo, a ponderação (*Abwägung*) foi idealizada por Philipp Heck, em sua *Interessenjurisprudenz*. Mais tarde, foi retrabalhada por Robert Alexy, como uma forma de resolver colisão de princípios, claro que já não sob uma perspectiva sociológica. Casos simples se resolvem por subsunção e casos difíceis por ponderação, diz Alexy. A *Abwägung* é,

¹⁰ Cf. AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, ano 10, jan./mar. 2002, entre outros textos.

assim, uma regra, construída de uma complexa maneira. No final, ela, a regra da ponderação, é aplicada por subsunção também. E deve ser aplicada a casos futuros similares, igualmente por subsunção. A colisão entre princípios/direitos fundamentais — e consequentemente a aplicação da fórmula da ponderação — só se dá em casos, por assim dizer, “inéditos” ou de atesta singularidade frente aos demais. Mas o que os juristas brasileiros (principalmente eles) fizeram? Transformaram a ponderação em um álibi para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Pegam um princípio em cada mão e fazem um sopesamento. Bingo: aí está a solução... Ledo engano. O resultado disso? Todos sabemos. O *establishment* deu uma resposta dura a essa fragmentação: súmulas vinculantes e repercussão geral. Ou seja, a vulgarização do uso da “ponderação” custou caro.

Por que fiz o texto antes que os Ministros do STF lançassem mão da teoria do domínio do fato? Esperava uma explicação convincente sobre a tese roxiniana e o contexto para ser aplicada no varejo (ou no atacado). Não a descartei. Nem poderia. Mas também não a aplicaria conforme parcela da dogmática jurídico-penal a tem apresentado por aí, ou seja, algo do tipo “tanto faz o nome que se dê à autoria ou ao autor...” Ela, a tese do Domínio do Fato, parece-me bem mais complexa, pois não? Aliás, para aplicar uma tese, há que, primeiro, entendê-la, certo? Com Heidegger, podemos dizer que “só compreendemos uma coisa quando sabemos o que fazer com ela”. Penso que os leitores compreendem a minha preocupação. Como na Macondo de Gabriel Garcia Marquez (*Cem anos de solidão*), por aqui (também) as coisas ainda são tão recentes que, para nos dirigirmos a elas, ainda temos que apontar com o dedo... Porque elas ainda não têm nome.

2.2 O domínio do fato e a dogmática jurídica

Na especificidade da teoria do domínio do fato, fui o primeiro (ou um dos poucos) a chamar a atenção da comunidade jurídica acerca do perigo do uso descontextualizado da tese do domínio do fato. Alertei para o perigo do discricionarismo – minha luta constante desde a década de 90 –, conforme se pode ver na reconstrução do item 3 do presente texto. Atento aos problemas trazidos pela vulgata em que se transformou a ponderação alexiana (da qual Alexy não tem qualquer culpa!), vislumbrei que isso poderia acontecer à referida teoria. Dito e feito. No julgamento da AP 470, o STF lançou mão da teoria. E o fez de forma a-técnica. Tão importante foi meu alerta que o Ministro Ricardo Lewandowski fez longa referência – elogiosa – a ela em pronunciamento no julgamento, disponível no *site* do STF em vídeo do famoso julgamento.

Minha preocupação com o uso da teoria do domínio do fato nem de longe esteve focada apenas na questão do domínio no plano das organizações. Nesse sentido, convoco Figueiredo Dias, quando fala dos “aparelhos organizados de poder” e o “domínio da organização”. Segundo o professor coninbreense, “defende Roxin que num outro caso especial pode ser atribuída a qualidade de autor mediato (e não a de coautor, de instigador ou de cúmplice) ao homem-de-trás, apesar de também o homem-da-frente actuar de forma plenamente responsável: tal sucederá relativamente aos crimes cometidos no quadro de um *aparelho organizado de poder*. A autoria mediata do homem-de-trás (do “homem sentado à secretária”) fundar-se-á nestes casos em que ele detém o *domínio da organização*. Organizações ou centros organizados de poder existem, na verdade, que, estruturados hierarquicamente e dotados de forte disciplina interna, assumem um modo de funcionamento quase “automático” para os que a eles pertencem, adquirindo estes a natureza de meros “instrumentos” que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções dos seus chefes. Dada a grande disponibilidade de meios de tais organizações – que assim se apresentam como “unidades funcionais” com vida própria, independente dos concretos indivíduos que a compõem –, o executor do crime surge como elemento *fungível* que, mesmo quando actue com culpa dolosa, em nada afecta o verdadeiro domínio do facto do homem-de-trás. O “domínio da organização” constitui por conseguinte – suposta a *hierarquização rígida* da estrutura organizatória, a *fungibilidade* do agente e a actuação da organização *fora do quadro da ordem jurídica* – uma forma de *domínio da vontade* que, indiferente à atitude subjectivo-psicológica do homem-da-frente, e integra um fundamento autónomo da autoria mediata”.

E prossegue em suas reflexões o mestre luso:

A partir daqui, Roxin concretizou estes requisitos em dois tipos de situações, a elas resumindo o *âmbito da categoria*: a de um organização política, militar ou policial que se apodera do aparelho do Estado (e de que podem constituir exemplos o sistema nacional-socialista alemão, o regime comunista da ex-RDA ou as ditaduras militares da América Latina); e a de movimentos clandestinos, organizações secretas e associações criminosas (“máfias”) com objectivos adversos à ordem jurídica estabelecida e que, pelo poder de que dispõem, como que constituem um “Estado dentro do Estado”. [...]

A doutrina de Roxin sobre o “domínio da organização” como categoria que, ao lado das do “domínio do erro” e do “domínio da coacção”, integraria o “domínio da vontade” que se apresenta como fundamento da autoria mediata, vem merecendo largo acolhimento doutrinal, inclusive entre nós. E, na verdade, uma organização do tipo das atrás mencionadas cria uma fortíssima *dependência psicológica* do homem-da-frente perante o homem-de-trás. A ponto de recentemente Conceição Valdágua se ter afastado da fundação roxiniana e

defendido que o que fundamenta nestas hipóteses a autoria mediata não é o “domínio da organização” como tal, mas – coisa muito mais ampla e que se aproxima substancialmente da forma de domínio do facto que colocaremos como base da instigação (não da autoria mediata): infra, § 46 – a *subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato*. Mas como quer que seja quanto a este ponto, o que importa é saber se a autoria mediata deve cobrir a “dependência psicológica” quando ela ainda é compatível com uma *responsabilidade plena* do dependente. Sem diminuir no que quer que seja o mérito de Roxin em ter concebido a notável e a muitos títulos decisiva concepção do domínio da organização, cremos hoje, também aqui, que uma de duas: ou aquela dependência é uma tal que não deixa aparecer o homem-da-frente como participante plenamente responsável, v.g., por intervenção de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa – e a autoria mediata deve considerar-se fundada; ou ainda o deixa aparecer como tal – e o homem-de-trás não deverá então ser considerado autor mediato, de acordo com o princípio da autorresponsabilidade, mas só poderá ser *instigador*. Do mesmo modo que deve ser afastada, em via de princípio, a sua caracterização como *coautor*, fundada na consciência do homem-de-trás de que as suas instruções serão seguramente cumpridas, aliada à consciência do homem-da-frente de que pertencer à organização significa dispor-se à executar instruções daquele tipo (algo, ao que julgamos, de substancialmente análogo à “subordinação voluntária do executor à decisão do homem-de-trás” de que fala o Conceição Valdágua): não nos parece, em definitivo que tal possa valer como a “decisão conjunta” que é indispensável à co-autoria (infra, § 30 e ss.).¹¹

Sigo. Passada parte do julgamento, escrevi outro texto no CONJUR.¹² Comentei a declaração de um importante professor de Direito de uma importantíssima Instituição de Ensino sobre a aplicação da tese do “domínio do fato”. Disse o catedrático que a teoria não era nova, que sempre foi e continuará sendo usada e que ela não justifica a condenação sem provas e não houve nenhuma deturpação que tivesse levado à condenação de José Dirceu. E complementou: *A tese do Domínio do Fato está no Código Penal brasileiro. Qualquer pessoa que concorre responde pelo resultado*.

Fiz, então, uma ironia, dizendo que “Esse Roxin não sabe nada mesmo”, uma vez que, ao invés de construir a teoria do domínio do fato, deveria ter vindo estudar Direito aqui em Pindorama. Bastaria ter lido nosso Código Penal e... pronto: qualquer pessoa que concorrer para o crime responde por ele. E

¹¹ Cf. Figueiredo Dias, op.cit.

¹² Cf. STRECK, Lenio Luz. Roxin “não sabe nada” e o TJ-SP confirma minha tese. *Senso Incomum. Consultor Jurídico*, 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/senso-incomum-roxin-nao-sabe-nada-tj-sp-confirma-minha-tese>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

agreguei a blague de que ele não precisaria ter escrito, em 1963, o livro *Autoria e Domínio do Fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*. Hamburg: De Gruyter, 1963; 8. ed. Berlin: De Gruyter, 2006; em espanhol, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000). Disse eu, ainda:

O professor de Direito da importantíssima Instituição “deixou claro” o que é a teoria do domínio do fato. Falando sério: por se pensar que teorias sofisticadas como a do Domínio do Fato são “coisas simples” é que a dogmática jurídica “perdeu” nesse julgamento (não esqueçamos também que um dos advogados disse que, desde 2005, já sabia que seu cliente seria condenado... O que eu não entendo é: por que, então, o defendeu?).¹³

Portanto, fiz críticas de cunho garantístico ao uso descriterioso da teoria do domínio do fato, assim como ao uso da “livre apreciação da prova”, da “verdade real” e à tese de que, segundo Malatesta (sic), “o ordinário se presume, só o extraordinário se prova”. Aliás, denunciei que a tese de Malatesta, citada no STF, é desmentida pelo próprio Malatesta páginas adiante, no livro que tive a pachorra de ler, chamado *A Lógica das Provas*, escrito em 1894.

O nome da teoria de Roxin é *Tatherrschaft(theorie)* e o livro se chama *Autoria e Domínio do Fato (Täterschaft und Tatherrschaft)*. Hamburg: De Gruyter, 1963; 8. ed. Berlin: De Gruyter, 2006). A citada teoria caracteriza-se como “objetiva-subjetiva”, na medida em que representa uma atualização conceitual que parte do conceito restritivo de autor, abarca as situações de autoria mediata, coautoria e ainda reconhece como incluso aquele que tem o poder sobre o “quando” e o “se” do ato criminoso, eis que decore de sua capacidade decisória a realização ou abortamento do mesmo. Embora *objetivamente* não esteja presente e a atuar, é indispensável e determinante sua atuação *subjetiva*. Da incorporação desse elemento se deu a construção proposta pelo autor (Para mais, consultar, por exemplo, o Acórdão da 5ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no processo n. 3867/07-5).¹⁴

¹³ Ibid.

¹⁴ Veja-se o resumo que Zaffaroni faz da teoria do domínio do fato: “A tese do domínio do fato tem origens muito claras na doutrina não alemã, ainda que não suficientemente explorados nas doutrinas latinas. A tese do domínio do fato pode ser remontada a jurista Pellegrino Rossi, para quem a resolução e o fato material são os dois elementos constitutivos do delito. Ainda que todo outro aporte que facilite, mas que não configure os elementos constitutivos do delito, corresponde aos cúmplices, que secundam a execução, mas não criam o crime. Na doutrina latina, foi Adán Quiroga quem difundiu tal opinião em termos ainda mais claros. Referindo-se a um exemplo de rapto, explicitava Quiroga que aqueles que executam o delito por seu feito e os que tomam e conduzem a vítima, os que cometeram violência na pessoa dos donos de casa; enfim, até os empregados que abrem as portas, sempre que esse ato houvesse sido indispensável para o delito, são autores do rapto. Não sucede o mesmo, conclui Quiroga, com os que vigiam a casa, os que emprestam os instrumentos que podem facilmente suprir-se, os que apagam os vestígios do crime, etc., porque sua participação é indireta e acessória.” Por certo, diz Zaffaroni, não é simples achar uma melhor síntese

O problema da tese (ou teoria) do domínio do fato é que ela não pode ser analisada somente a partir da dogmática jurídica, que, sabidamente, ressent-se de uma melhor sustentação filosófica.

2.2.1 No que tange ao aspecto que é objeto central de minha preocupação

Muitos defensores da tese do domínio do fato possuem dificuldades em lidar com problemas epistemológicos, de teoria do direito. Por vezes, defendem com unhas e dentes a clareza e a seriedade da Ciência Penal, mas pouco parecem estar preocupados com a construção de seu “lugar de fala” epistemológico. Pelo contrário, parecem aceitar – acriticamente – pressupostos epistêmicos vários.

Por vezes, vê-se que a análise da referida tese a coloca no plano de uma abstratização, no sentido de que a doutrina e o juiz não devem aplicar a teoria para responder a casos concretos (específicos). Fala-se também na construção de critérios reitores que guiarão os juízes na solução dos casos. Trata-se de um erro na avaliação da tese. Direito sempre é uma questão de caso concreto. Desde Friedrich Müller – que leu Gadamer – já sabemos que não há normas gerais; há, apenas, normas individuais, concretas, resultantes da *applicatio*.

Daí que pensar, por exemplo, que o juiz deve cindir “fato e direito” para poder saber de que modo alguém tinha o domínio do “fato” é, nada mais, nada menos, do que retroceder no tempo, no plano paradigmático.

O que é necessário, então? Em primeiro lugar, é preciso ter clareza acerca do lugar que ocupa a dogmática jurídica no plano dos paradigmas filosóficos. Não dá para falar em direito penal tendo um pé – ou os dois – no paradigma do esquema sujeito-objeto ou, ainda, quem sabe, apostar na “vontade”, lócus da discricionariedade judicial (para dizer o menos).

Nesse contexto, talvez fosse recomendável e produzisse mais clareza na discussão a apresentação de uma dimensão nova do e no direito nessa questão denominada “teoria do domínio do fato”. E isso não tem sido feito pelos comentadores da teoria do domínio do fato, que se restringem à mera descrição dos conceitos que conformam a dogmática penal.

Certamente, nesse debate teria que entrar justamente um conjunto de ferramentas capazes de descrever a afirmação da concretude e da singularidade presente na expressão “domínio do fato”. É claro que o debate que vem sendo travado na busca de um lugar para essa (nova) entidade do mundo do direito terá que encontrar, ainda, um discurso que lhe dê os seus verdadeiros contornos.

da tese do domínio do fato. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999. p. 306.

Certamente não será uma espécie de retorno aos velhos mitos da teoria do conhecimento dualista que nos indicarão o melhor caminho. É por isso que podemos levantar um conjunto de elementos que a analítica existencial (fenomenologia hermenêutica) nos fornece como guia para iluminar as verdadeiras dimensões dessa inovação – ou pretensa inovação – que nos traz o domínio do fato.

Com efeito, visto a partir das conquistas da hermenêutica resultante da fenomenologia (produzida a partir das intuições que nos traz Ser e Tempo e desenvolvimentos preciosos de seus continuadores, como Gadamer, Stein, entre outros), tem-se que o elemento primeiro de nosso conhecimento sempre reme-tia a uma dimensão da vida fática, o que significa que qualquer epistemologia devia reconhecer um elemento que a precedia constituído pela historicidade e pela finitude. Isso trouxe como consequência a eliminação de uma fundamentação absoluta. Com isso se deu um golpe decisivo na epistemologia moderna, atingindo os dois dualismos introduzidos por Kant: o interno, da separação entre a sensibilidade e a inteligibilidade; e o externo, da separação entre mente e mundo. Com isso se deslocou toda a discussão das bases do conhecimento e se libertou o pensamento humano para uma filosofia ou ontologia da finitude.

A partir daí se tornou sem sentido procurar uma ponte entre consciência e mundo e portanto se tornou inútil a busca de uma superação de um dualismo introduzido como modelo epistêmico. Quem pretende escrever sobre o domínio do fato teria muito a aprender dos grandes filósofos contemporâneos que mostram a inutilidade de uma teoria do conhecimento, ao menos com pretensão de fundamentação. Depois de Heidegger, temos filósofos como Rorty e Putnam que mostraram de modo brilhante a inutilidade dos esforços por querer construir a explicação do conhecimento a partir da herança do dualismo kantiano. No Brasil, essa questão já de há muito é dominada, teoricamente, pela filosofia de Ernildo Stein, que, por exemplo, a partir de Putnam, trabalha a filosofia (e o direito) a partir de dois vetores de racionalidade. Também a Crítica Hermenêutica do Direito que constrói no ambiente acadêmico da Unisinos possui aspectos superadores desses dualismos da (velha) teoria do conhecimento e suas derivações, especialmente as tentativas de superação por intermédio de vulgatas, representadas pelas teses e posturas voluntaristas no direito.

A maioria dos textos que pretendem explicar a teoria do domínio do fato desconhece todo esse contexto da filosofia contemporânea. Isso é visível, porque parece que, para a dogmática penal (*lato sensu*), ainda existem possibilidades de construir conceitos em abstrato, para deles “deduzir” outros conceitos ou, ainda, construir conceitos “a priori” e deles subsumir respostas. Os indicadores disso podem ser facilmente constatados em textos e livros de direito penal que ainda admitem a subsunção e pela defesa da ideia de que,

antes do caso concreto, há a construção de “critérios reitores” e “condições formais”. Típico dos dualismos ultrapassados. Típico de quem separa direito e filosofia ou simplesmente pensa que o direito é um fenômeno que dispensa os paradigmas filosóficos.

Como pensar que ainda é possível construir conceitos antes das coisas (ou separados das coisas)? As coisas existiriam sem os seus sentidos (chamemos a isso de conceitos)? Pois é isso que se vê por aí na discussão da teoria do domínio do fato. Estaria-se, ainda, diante de juízos sintéticos *a priori*?¹⁵ Mas não é necessário falar disso nos limites deste artigo.

Como já referi, qualquer possibilidade de repriminção de teses dualísticas ou de teoria do conhecimento está superada de há muito (e isso atinge o direito penal também, por óbvio). Nesse sentido, falo sistematicamente da hermenêutica. E, nisso, já estamos em terreno firme. Existe farta literatura sobre essa viragem, infelizmente não devidamente compreendida e acompanhada pela dogmática jurídica (tradicional ou até mesmo a crítica). A hermenêutica filosófica de Gadamer segue os trilhos dessa viragem para além dos dualismos e do esquema sujeito-objeto.

É certo que Hans-Georg Gadamer se movimenta em um espaço seu, que é novo, em muitos aspectos, com relação a Heidegger. Todavia, a superação do sujeito epistemológico kantiano e a destruição da relação sujeito-objeto, são pressupostos compartilhados por ambos os autores (Heidegger e Gadamer).

No caso de minhas reflexões, é neste ambiente que elas se assentam. Tenho a convicção de que a filosofia kantiana (e suas variantes) está superada e que as descobertas da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica são indepassáveis (e nisso estou em excelente companhia, como, por exemplo, Ernildo Stein, para ficar no âmbito do território brasileiro). Assim, qualquer construção epistemológica deve prestar contas a este debate.

Por outro lado, é preciso chamar a atenção para o perigo do aprisionamento epistemológico, representado pela efetiva possibilidade de que, isso que se denomina de “ciência do direito penal”, acabe por produzir uma ciência jurídica de cunho semântico-pragmático. Quero dizer, corre-se o risco de manter preservada a velha posição, que remonta ao positivismo kelseniano, de que a interpretação do direito – vale lembrar, os casos concretos, o momento de concretização da norma – não seria uma preocupação da ciência jurídica. Isso ocorreria tanto no nível da teoria geral do direito, quanto também no âmbito das disciplinas jurídicas especializadas.

¹⁵ Nesse sentido, ver: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001; para uma crítica aos juízos sintéticos *a priori*, entre outros, ver: HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* (Lisboa: Edições 70, 2002), principalmente o segundo capítulo da parte principal; também: ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica da verdade na ética e na ciência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 25-34.

Ora, é preciso trazer à baila, novamente, as construções teóricas de Friedrich Müller. Lembro, novamente, que foi Müller o grande fundador daquilo que hoje se conhece por *pospositivismo*.¹⁶ O irônico dessa história é que o seu *pospositivismo* é absolutamente distinto disso tudo que se diz por aí e que se pretende pospositivista (geralmente, propostas que criticam o positivismo exegético e que postulam algum tipo de abertura interpretativa para os órgãos aplicadores do direito). Com efeito, para Müller, a grande lacuna da obra de Kelsen estava, exatamente, na teoria da interpretação. Diz o mestre alemão que, antes de nos preocuparmos com a interpretação do texto da norma (ou de seus conceitos) precisamos voltar nossas atenções para a concretização da norma. O positivismo kelseniano seria, exatamente, uma teoria do direito sem teoria da interpretação, uma vez que o seu esforço compreensivo do direito era muito mais semântico-sintático do que propriamente pragmático.¹⁷ Desse modo, o *pospositivismo*, nos termos propostos por Müller, deveria trazer, para a linha de frente, o problema interpretativo que caracteriza essencialmente a experiência jurídica.

Assim, é possível perceber como que a grande questão, no contexto atual, diz respeito, exatamente, à esse problema interpretativo; à concretização da norma – poderíamos dizer com Müller – e não o de construção abstrato-sistemáticas, presas a uma ideia de um transcendental clássico, que retrata o ser humano como uma máquina que, no momento em que é ligada, traz consigo os conceitos prontos para serem processados pela intuição sensível. Por isso, o grande equívoco do articulista doutor e do articulista doutorando.

¹⁶ O termo *pós-positivismo* é empregado por Friedrich Müller, não para se referir a um *antipositivismo* qualquer, mas uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito, e não para problemas abstrato-sistemáticos apenas. Aliás, registre-se que o termo *pós-positivismo* foi utilizado –de uma maneira expressa e com pretensões concretas – por Müller já na primeira edição de seu *Juristische Methodik* em 1971 (Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito*: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 11).

¹⁷ Com efeito, o voluntarismo kelseniano alberga em seu bojo o problema da discricionariedade judicial no momento em que deixa em segundo plano o problema da interpretação (concretizadora) do direito. Assim, Friedrich Müller diagnostica precisamente o problema nos seguintes termos: “a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido linguisticamente não-unívoco. Por intermédio de uma cadeia de postulados dualistas, os problemas materiais da concretização da norma são liminarmente eliminados. *Em muitos casos pode-se defender lado a lado várias soluções, não só ‘em termos lógicos’, mas também em termos material-jurídicos*” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Op., cit., p. 51-52).

Esse é um ponto decisivo do problema: com Müller superamos o problema das simples normas gerais (exegetismo), ou a questão de que a norma geral e a norma individual estão separadas por um corte epistêmico que relega às segundas ao nível das meras práticas jurídicas. Na verdade, o grande problema da teoria do direito é determinar, exatamente, as condições para as construções das normas individuais. Uma teoria jurídica que não se volte para a resolução desse problema não é apenas infrutífera, como inútil: outros campos do conhecimento poderão fazer melhor.

Por fim, é de se registrar, a norma individual – a concretização do texto da norma – é *applicatio*. Claro, a percuciência da proposta de Müller vem, entre outras coisas, de seu conhecimento da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica. Posturas interpretativas assim, mais adequadas, deixaram de há muito para trás apelos a uma lógica interpretativa ultrapassada. Subsunção (sim, os autores ainda falam em subsunção), silogismo, entre outras expressões – tomadas emprestadas pelos juristas da lógica formal – deveriam ter sido enterradas pela hermenêutica jurídica há muito tempo.

Por isso, devemos alertar para esses riscos que decorrem da não inserção do direito penal e da respectiva dogmática penal nos contornos paradigmáticos atuais alcançados pela filosofia.

Por vezes, a dogmática se perde em querer mostrar conceitos óbvios, como que o autor imediato é quem executa a ação típica e partícipe é quem não executa essa ação típica. Qual é a importância em dizer que coautor é quem dá, junto com outra, um contributo para a realização da atividade típica? Quem mais seria coautor? Trata-se de mais um conceito óbvio-dogmático, já de há muito conhecido no plano do senso comum teórico do direito penal. Li, dia desses, um texto em que se disse que a tese do domínio do fato não se aplica(ria) a todas as espécies de delitos. Ainda bem, pois não? E o que dizer da dogmática que ainda aposta na subsunção ou “na letra da lei”? Depois do que Müller e Gadamer – para falar só deles – disseram sobre a morte da subsunção, de que modo ainda é possível falar nisso em nossos dias? Ou o direito penal é imune às evoluções pós-positivistas?

Daí que, em sendo impossível construir todas as respostas antes das perguntas (portanto, na medida em que é impossível construir normas gerais que abranjam as múltiplas hipóteses de aplicação), muitos penalistas investem em uma verdadeira indústria de exemplos, os mais estranhos e inverossímeis. Exemplos que nunca acontecerão, servindo apenas para afastar o direito ainda mais da faticidade. Basta ver como, recentemente, a dogmática jurídica se digladiou em cima de uma questão do Exame da OAB. Era um exemplo fictício, inverossímil... Em vez de discutirem o exemplo e desmascarar a sua, digamos assim, contaminação metafísica, a comunidade jurídico-dogmático-

-penal fez ampla discussão para falar sobre “o não dito da ficção”, algo do tipo “em que lugar foi encontrado o automóvel objeto do crime”, já que o exemplo não deixara clara tal circunstância. Apenas sintomas da crise, portanto.

Talvez por isso, quando se está diante da aplicação concreta da teoria (ou tese) do domínio do fato (e de tantas outras), o mundo jurídico tenha tanta dificuldade em levar tal tarefa adiante, ficando presa ao mundo ficcional. Se não está no exemplo e se não está nos conceitos “a priori”, o jurista não sabe(rá) trabalhar. Isso é assim por que falta dogmática? Não. Isso é assim porque falta filosofia.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica da verdade na ética e na ciência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37. ano 10, jan./mar. 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 25 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acervo processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervoquadros.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Coimbra Editora, 2. ed. Editora Revista dos Tribunais (1. ed. 2007, edição conjunta.)

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Lisboa: Edições 70, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

MARTINS, Jomar. Entrar com droga em presídio não é crime, decide TJ-RS. *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/tentar-entrar-presidio-droga-escondida-nao-crime-decide-tj-rs>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Crime, reparação do dano, falácias e igualdade – Themis pode usar venda, mas o juiz não. In: *Anais do II Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais contemporâneos*, 2011, Porto Alegre. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Rosivaldo_Toscano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

SONEGAÇÃO no Brasil: uma estimativa do desvio da arrecadação. *Sonegômetro*. [s.l., 2011?]. Disponível em: <<http://www.sonegometro.com/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Roxin “não sabe nada” e o TJ-SP confirma minha tese. *Senso Incomum. Consultor Jurídico*, 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/senso-incomum-roxin-nao-sabe-nada-tj-sp-confirma-minha-tese>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

STRECK, Maria Luiza S. *Direito Penal e Constituição: o lado esquecido dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.