

O Juiz (garantista) e a Execução Penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick)

Alexandre Rosa¹

“A prática do direito torna-se, no dia-a-dia, uma ilicitude descontrolada e ingovernável”(Warat)

ÍNDICE:

1 - Adereços iniciais; 2 - Estado Democrático de Direito e Sistema Garantista; 3 - A Constituição Federal e sua Hermenêutica; 4 - Da Criminologia e da Teoria do Bem Jurídico; 5 - A Execução Pena; 6 - Um caminho (im)possível: a teoria integrativa da argumentação jurídica apresentada por Neil MacCormick; 7 - (In)conclusões (des)necessárias.

1 - Adereços iniciais:

O presente texto pretende lançar um olhar (panorâmico, é verdade), sobre as possíveis relações entre o Juiz *responsável* pela Execução Penal e as promessas Constitucionais, principalmente de *dignidade da pessoa humana*, tendo como teoria de base o Sistema Garantista (**Ferrajoli**) e a racionalidade proposta por **McCormick**.

Afasto, de plano, a neutralidade e objetividade científicas², dado que no *paradigma da complexidade* (**Morin**), toda pesquisa implica seleção arbitrária e descontínua de informação, redundando, pois, na advertência de que o tema não pode ser esgotado e pressupõe a compreensão de que os pré-conceitos, pré-concepções e os valores do pesquisador estão presentes na proposta final, consoante ensina **Martin Heidegger**: “A

¹ Alexandre Rosa é Juiz de Direito/SC, Mestrando em Direito/UFSC, Professor Universitário/SC e autor de obras jurídicas, sendo as duas últimas: “Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal – conexões necessárias” e “Amante Virtual – (in)conseqüências no Direito de Família e Penal”, ambas pela Editora *Habitus*, Florianópolis, 2001. E-mail: amr8052@tj.sc.gov.br

² LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. São Paulo: Cortez, 1998, pp. 32-33.

interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que 'está' no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já 'põe', ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”³.

2 - Estado Democrático de Direito e Sistema Garantista:

A perfeita compreensão do que se constitui o Estado Democrático de Direito contemporâneo, pressupõe um olhar sobre a Teoria Garantista⁴. **Ferrajoli** foi elaborador da “Teoria Geral do Garantismo”⁵ que está baseada no respeito à dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais, estando centrada no indivíduo. Isso porque diante da complexidade contemporânea a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados e efetivados, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos Direitos e garantias positivados no corpo de Constituições rígidas, como a de 1988, e do princípio da legalidade, à que todos os poderes estão submetidos, urge a instrumentalização efetiva desses direitos a todos os indivíduos.

Sustenta **Luigi Ferrajoli**: “*Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos*

³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988, p.207.

⁴ A (re)construção do conceito de Estado demandaria muitas linhas. Entretanto, não é esse o objetivo do presente escrito. A despeito das discussões envolvendo seu surgimento e evolução, remete-se o leitor a livros atuais e sistematizados: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000 e CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis : Diploma Legal, 2001

⁵ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, esclarece: “A teoria geral garantista é entendida como a capaz de: **a)** dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação conhecido como “Estado de Direito” em sua versão contemporânea; **b)** propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo;”

*positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.”*⁶

De sorte que com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserido no Estado Democrático do Direito a esfera do decidível e do não decidível, por maioria ou mesmo unanimidade. Em suma, não se pode legitimamente afrontar o constante nas garantias e direitos constitucionalmente tutelados.

Nessa esfera do indecidível encontram-se justamente os direitos fundamentais, funcionando como verdadeira fronteira impeditiva de avanço do Poder Legislativo.⁷ Com efeito, o legislador encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Conseqüência dessa supremacia constitucional é que se deve efetuar juízos de validade em face do ordenamento infraconstitucional, espraiando, assim, o reconhecimento da invalidade derogativa.

Importante destacar, por absoluta necessidade, a (re)leitura trazida por **Ferrajoli** dos critérios de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, passando a expor uma tríade de atributos das normas jurídicas. Essa (re)definição das categorias tradicionais, rompendo principalmente com **Kelsen**, fixa o entendimento de que as normas são **vigentes** (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de validade aferido em face da norma superior⁸, reservando ao termo **validade** o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal típica do

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 23-4.

⁷ No tocante ao legislador consitucional originário existe divergência quanto à abrangência de seu poder de subtrair alguma garantia individual. É que a Teoria Constitucional atribui ao constituinte originário um poder bem maior do que do que o do constituinte derivado ou mesmo legislador ordinário, podendo, nesse pensar, diminuir o espectro de garantias conferido aos cidadãos. Todavia, surgem posições antagônicas, às quais nos filiamos, fundadas na existência de cláusula implícita de proibição de retrocesso social que veta essa possibilidade. Exemplo dessa situação seria a impossibilidade da adoção da pena de morte no Brasil, salvante nos casos de guerra declarada, dado que existe cláusula expressa no art. 5º, inciso XLVII, “a”, da Constituição de 1988 e sua adoção além de arrostar a Carta Política, afrontaria, ainda, as Declarações Internacionais, especialmente. Conferir nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 233.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 210, assevera: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.”

paradigma⁹ Kelseniano. A **eficácia**, por sua vez, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três diferentes categorias imputáveis às normas: **vigência, validade e eficácia**.

Sérgio Cademartori esclarece: *“Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica. (...) No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.”*¹⁰

Com isso pode-se estabelecer, portanto, que uma norma é **vigente** quando decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal; **válida** quando analisada no contexto Constitucional é compatível, ou seja, não afronta qualquer garantia ou direito reconhecido e **eficaz** quando é observada pela coletividade.

Diante dessa nova conformação, pode o ator jurídico¹¹ analisar a norma isoladamente e deixar de aplicá-la por não ser válida em face do ordenamento, não obstante vigente e assim proceder com os demais atributos. Significa a possibilidade da

⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva. Externa dois conceitos de paradigma: “Primeiro: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. p. 219. Depois: “Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades.” p. 222. Os paradigmas são, pois, como a constelação dos compromissos de grupo.

¹⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.83.

¹¹ Emprega-se o termo “ator jurídico” ao invés de “operador jurídico” por se entender que o primeiro pressupõe a consciência da participação no fundo dos fatos do intérprete, enquanto o segundo facilita a objetivação e o seu distanciamento. As formas clássicas de interpretação do Direito propostas pela dogmática jurídica apresentam o intérprete dissociado da realidade social, envolto numa realidade virtual, favorecendo, com isso, a comodidade e o (des)compromisso das decisões. Esses intérpretes estão a serviço de interesses de forma consciente ou inconsciente e, às vezes, nem sabem que estão fazendo algo nesse sentido, devendo essas categorias serem perfilhadas e assumidas pelos responsáveis pelo processo de produção de sentido.

resistência Constitucional, autorizada pela legítima possibilidade de opinião material/constitucional sobre a própria norma jurídica.

3 - A Constituição Federal e sua Hermenêutica:

Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado.

Sílvio Dobrowolski entende Constituição como “... *um documento político e jurídico através do qual se intenta fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.*”¹²

Ruy Samuel Espíndola, fundamentado em **J.J. Gomes Canotilho**, traz uma concepção importante da “*Constituição como norma -, a contemporaneidade desse conceito evidencia a Constituição como norma jurídica, como normas das normas, como lex superior, como fonte suprema da produção normativa, como norma normarum, como ‘norma’ dotada de efetiva ‘normatividade’ , como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e à operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessam a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, posto todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais.*”¹³

É que a Constituição Federal como norma mãe deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e

¹² DOBROWOLSKI, Sílvio. “Os Meios Jurisdicionais Para Conferir Eficácia às Normas Constitucionais”. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, abr-jun, 1990, n. 106. p.28-9.

¹³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1998, p. 95

material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria (esfera do indecível), posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma.

Dito de outra forma, qualquer atividade social (pública ou privada) implica a autorização ou vedação do ordenamento infraconstitucional, dentro do paradigma racional-legal de **Weber**¹⁴, devendo quando se pretende lançar mão de uma norma dessa natureza, fazer-se a devida *oxigenação constitucional* (de viés garantista) para aferição da *constitucionalidade material* e formal da norma. Somente assim se dá a devida *força normativa à Constituição*¹⁵.

Na esteira, **Canotilho** ensina que “... a *parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.*”¹⁶

Luis Roberto Barroso consoa: “*A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.*”¹⁷

Com efeito, todos, absolutamente todos os atores jurídicos devem ter para com a Constituição Federal uma estreita ligação, ou seja: imediata e total. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas aos regramentos Constitucionais relativos aos direitos fundamentais, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias com o objetivo de sua preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico garantista

¹⁴ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999, p. 117-153.

¹⁵ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p.25: “*A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.*”

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1996, p.956.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.54.

no Estado Democrático de Direito: Tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais e/ou as práticas jurídicas avancem sobre esses bens sem qualquer levante/resistência constitucional.

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, **renunciar** à função de “boca repetidora” da lei ou mesmo de corretiva desta. O magistrado no modelo positivista-dogmático-tradicional tem relação formal com a Constituição, demitindo-se (até inconscientemente, às vezes) do dever ético/político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem valorar seu objeto da análise, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal como visto). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Penal. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder/dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior (fundamento formal de validade de **Kelsen**).

No paradigma garantista, no entanto, o magistrado como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Ferrajoli anota: “*a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de*

escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos”¹⁸.

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no Estado Democrático de Direito e, assim, do reconhecimento de suas funções de garantidores dos direitos fundamentais inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infra-constitucional deve ser aferido, rejeitando-se a estigmatização daqueles que reagem à desconsideração de seus direitos prometidos, mas sonegados.

Com efeito, essa *oxigenação constitucional* pressupõe a compreensão hermenêutica da própria Constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversas garantias no âmbito social e coletivo anteriormente sonegados pelos textos Constitucionais do Estado liberal-individualista do Século XIX, como se verifica na educação, família, economia, relações de trabalho e previdência, redundando na supressão e a relativização de liberdades, privilégios e mesmo de direitos anteriormente considerados intocáveis.¹⁹

Destacável, no contexto, a necessidade da discussão dessa possibilidade hermenêutica considerando-se a realidade brasileira, na qual a modernidade não se efetivou na totalidade e o sistema jurídico enfrenta uma crise renitente e grave diante da complexidade social contemporânea e das promessas não cumpridas. Em breves linhas, as crises que permeiam o paradigma liberal-individualista encontram-se demonstradas em quatro núcleos específicos: *Crise de legalidade*, pela ineficácia dos controles do poder; *Crise do Estado Social*, os direitos sociais nunca implementados na sua totalidade no Brasil; *Crise no Estado Nacional*²⁰, com a paulatina perda de soberania dos Estados em prol de comunidades supranacionais; e *Crise do Ensino Jurídico*, num verdadeiro dilema

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.90-1.

¹⁹ Lembre-se que a Constituição Federal foi editada em 1988 e a Saúde e Educação são simulacros de realidade; promessas mitigadas por uma hermenêutica excludente. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.219.

²⁰ Nestes três primeiros aspectos da crise conferir a visão Garantista, demonstrada por: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade, uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999 e FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 15-17

de personalidade, sem linhas específicas e arrostado pela complexidade contemporânea, reproduzidor inconsciente (**Bourdieu**²¹) do *status quo*.²²

Nessa perspectiva, ganha relevo a crítica consistente de **Lenio Luiz Streck**, segundo o qual existe uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica informadas (ainda) pelo paradigma liberal-individualista-positivista e pela Filosofia da Consciência. É que com essa instrumentalização há patente incapacidade de se resolverem os conflitos transindividuais emergentes, principalmente após a edição da Constituição de 1988, adequando-os a uma lógica individualista do início do século, agravado, também e conjuntamente, pelo mito da busca da verdade nos processos judiciais.

Dito de outro modo, diante da consabida complexidade contemporânea, com a superação das verdades absolutas pela física quântica e a teoria da relatividade²³, as vetustas formas de *conhecer o mundo* devem ser (re)visitadas e (re)lidas conforme a atualidade. De sorte que a tentativa (sempre vã) de adequar os fenômenos transindividuais ao paradigma liberal-racional-individualista do Direito geram perplexidades e resoluções, na maioria das vezes *ad hoc*, desprovidas, como curial, de uma teoria de suporte e forjadas (em ambos os sentidos) pela dogmática tradicional.

A hermenêutica, pois, deve ser (re)vista como condição de possibilidade da efetivação dos Direitos Fundamentais (inclusive no âmbito da execução penal) no Brasil, cabendo aqui, bem à propósito, a lição de **Lenio Luiz Streck**: “*Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido [...] Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente*

²¹ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução – elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p.15-75.

²² Conferir: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico para que(m)?*. Florianópolis: Fund. José Arthur Boiteux, 2000; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas: Julex, 1988.

²³ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. São Paulo: Cultrix, 1999.

chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que ‘nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável”²⁴.

Portanto, é dentro da perspectiva de *oxigenação constitucional* das normas infraconstitucionais desde que materialmente válidas (viés garantista), informadas pela compreensão hermenêutica da própria Constituição, que se vislumbra a possibilidade de discutir-se o papel do Juiz (garantista) na Execução Penal.

4 – Da Criminologia e da Teoria do Bem Jurídico:

De outra face, pertinente uma discussão (preliminar) sobre o paradigma criminológico incidente sobre a realidade brasileira²⁵, no qual as promessas da modernidade não se realizaram e o sistema penal serve para impor/legitimar/aumentar a exclusão social. Destaco, desde o início, minha *concepção minimalista (Baratta)*, tributária à repressão somente dos delitos que impedem à realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os delitos que alimentam a injustiça social e os necessários à coesão do tecido social (leia-se graves, informado pelo *princípio* da

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 198 e 227.

²⁵ Consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997; STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos & Rituais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998; e BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1999.

lesividade ou necessidade), demitindo-se, assim, da criminalização de toda-e-qualquer conduta que possa ser resolvida por formas extrapenais, na esteira das *Regras de Tóquio*²⁶.

Com efeito, a Criminologia Clássica buscava encontrar as causas do crime/criminoso, como se estas categorias pudessem ser apreendidas/descobertas da natureza (a princípio, por meio de manifestações fisiopatológicas e posteriormente também por fatores psicossociológicas). Entendia-se que eram os parceiros eternos do crime. O mundo será(é), pois, dividido entre a minoria de sujeitos dedicados ao mal (criminosos) e a maioria dos sujeitos do bem (a sociedade), forjando-se o rol das pessoas normais. Surge, então, a constituição do estereótipo: *homem médio*. O criminoso é o traidor social: a pária; aquele que não aproveitando as oportunidades concedida a todos, afinal *todos são iguais perante a lei*, acabou subvertendo os valores sociais e deve ser apreendido.

A Criminologia Crítica modificou o foco de abordagem. Ao invés de se centrar na figura/estereótipo do binômio do casal criminoso/crime, passou a olhar para aquém e além dele: percebeu que o indivíduo dito criminoso encontra-se necessariamente inserido a um contexto social, propenso portanto à estigmatização e etiquetamento. Observou o discurso da legitimação/exclusão dos indivíduos, percebendo a maneira pela qual o sistema penal é construído/forjado.

Em face disso, constituiu-se o *paradigma da reação social* que longe de tentar/simular a descoberta (influência cartesiana) das condutas criminosas, passou a ver/olhar que as condutas criminais somente o são por convenção/etiquetas. A *etiqueta* (criminoso) é posta muitas vezes de forma arbitrária e necessariamente descontínua, do que se constitui crime, utilizando-se, para tanto, do *zero grau da linguagem*²⁷ (**Barthes**),

²⁶ As Regras de Tóquio são as regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, aprovada pela Assembléia Geral em 14.12.90, pela Resolução 45/110. Sobre o tema Consultar: GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

²⁷ Em princípio, o *grau zero da linguagem* seria uma esforço de se desvencilhar/despis do poder a língua, adotando-se uma escrita branca/neutra. Lembra que “o conceito de grau zero, oriundo da Fonologia, é de uma grande riqueza de aplicação; em Semântica, em que se conhecem signos-zero (fala-se de ‘signo-zero’ no caso em que a ausência de um significante explícito funciona, ela própria, como um significante) em Lógica (A está num estado zero, isto é, A não existe efetivamente, mas sob certas condições podemos fazê-lo aparecer)”. Todavia, essa tentativa deixa evidente justamente o poder (violência) dos signos que apesar de não representarem *nada*, está prene de significância. Fabrica-se sentido com nada/tudo, numa estética-discursiva, formadora do mito (alienante) do grau zero. **Barthes** é perspicaz o suficiente para concluir que “infelizmente nada é mais infiel do que uma escrita branca; os automatismos se elaboram no ponto mesmo em que se encontrava inicialmente uma liberdade, uma rede de formas enrijecidas aperta cada vez mais o

exposto na palavra *bem jurídico*. Teve o mérito de demonstrar que somente os escolhidos/estigmatizados sofrem a incidência da regra jurídica, não obstante grande parte da sociedade, em tese, a viole. Com a reação social dos desvios, aparecem, pois, os criminosos.

O corpo pretensamente científico da Criminologia Clássica restou, assim, fortemente abalado, com verdadeira fratura exposta, deixando aparecer os processos de produção de criminosos.

No *Paradigma do labelling approach* a realidade social passou a ter importância, abjurando a construção ideal dos sujeitos criminosos. Demonstrado ficou que todas as condutas são, em tese, passíveis de enquadramento penal, e o delinquente nada mais é do que o resultado desse processo de produção de tipos penais, acrescido da estigmatização.

Portanto, o sistema penal com seus discursos hegemônicos de paz e ordem social, com maquilagem de homogeneidade, escamoteia o modelo de sociedade excludente que sustenta/legitima. Existe, camuflada (é verdade) uma funcionalidade do discurso cínico/astuto da desfuncionalidade do sistema penal, capaz de manter a tranquilidade aos poucos habitantes da *cobertura social*. O Código Penal serve para reprimir a *gentalha* que quebra a cara, enquanto a *hi-society* navega com seus iates para *Ilhas de Caras*.

O Direito Penal, nessa percepção, apesar de prometer proteger a todos de forma igual, deixa de tutelar os bens que interessa(ria)m a maioria da população, conformando-se na manutenção de uma ordem desigual, mascarada em bens jurídicos incomensuráveis. Assim é que nem todos os que praticam crimes são criminosos, existindo os criminosos da cobertura, sempre salvos dos atropelos do térreo, quiçá do porão (lotado).

Por tais razões, no Estado Democrático de Direito, somente se justifica a intervenção estatal, via direito penal, em face de delitos que impeçam à realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os delitos que alimentam a injustiça social²⁸ e

frescor primeiro do discurso, uma escrita renasce no lugar de uma linguagem indefinida. BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita : seguido de novos ensaios críticos*. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p.81

²⁸ **Lúcia Barros de Alvarenga** demonstra a existência de 41.970.331 de seres humanos vivendo na linha da pobreza, enquanto outros 16.577.161 vivem na indigência. Nada menos que 30% das crianças de até cinco anos de idade apresentam elevado grau de desnutrição incluídas 2,7 milhões de crianças menores de dois anos. O analfabetismo real, sem contar o funcional, aponta para 20% da população. Apesar do trabalho infantil ser vedado, mais de 2 milhões de crianças de 10 a 13 anos trabalham, sendo que 47% não recebem remuneração (escravos). A divisão de renda é absurdamente desigual, na qual a metade da população mais pobre fica com 12% dos rendimentos do trabalho, enquanto a metade mais rica abocanha 88%. Assim, metade

os necessários à coesão do tecido social, demitindo-se, assim, da criminalização de *toda-e-qualquer-conduta* que possa ser resolvida por formas extrapenais ou decorrentes da omissão (quicá dolosa) do modelo econômico adotado/imposto no Brasil contemporâneo.

5 – A Execução Penal

Nesse pensar, os clientes da execução penal, ou seja, aqueles que vão (efetivamente) presos fazem parte, como diria **Lenio Streck**, da *choldra*. Para esses a *execução* penal. Isso mesmo: *executa-se a vida em nome da execução penal*. Não pretendo aqui fazer uma digressão sobre as (péssimas) condições em que as cadeias e penitenciárias brasileiras estão²⁹. Esse fato é consabido³⁰. Pretendo convidar o leitor para discutir se dentro dessa realidade e diante das promessas constitucionais de *integridade física e moral* (CF, art. 5º, XLIX), pode-se permanecer aceitando o argumento cínico/astuto da *inexistência de condições materiais*.

Para exigir-se uma postura diversa nem seria necessário buscar socorro nos Tratados Internacionais, bastando que se cumprisse a Lei de Execução Penal com a mesma compulsão que se busca aplica o Código Penal (ou a LEP não é de mesma hierarquia do Código Penal?). As promessas constantes da Constituição e Leis (veja-se que o Estado está descumprindo o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito = Constituição) são relevados pela dogmática tradicional, com um singelo e cômodo argumento de que faltam condições materiais para tanto. Então não prometa! Prometer e não cumprir é engodo, ilícito, pelo menos civil.

do total dos rendimentos do país está com 5,6 milhões de indivíduos, enquanto a *choldra*, composta por 28 milhões, divide 10% deste rendimento. Paralelamente o Brasil é a 10ª economia do mundo, com um PIB próximo dos US\$ 750 bilhões, sendo o 5º maior mercado consumidor mundial. A classe concentradora de renda vive na cobertura social, munida de todo o conforto, consumindo, em média, US\$ 5 milhões nas compras efetuadas em *Miami* e *New York*. Neste quadro de desigualdades sociais, natural o surgimento de posturas sociais que visam a construção efetiva de uma sociedade mais solidária e equânime. A Ilha da Fantasia é cada vez menor, enquanto os desertos sociais crescem. ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, Dignidade e Erradicação da pobreza. Uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 161-3.

²⁹ Para tanto, conferir: CAVALLARO, James Louis e CARVALHO, Salo de. “A situação carcerária no Brasil e a misérias acadêmica. In: *A sociedade, a violência e o Direito Penal*, FAYET JÚNIOR, Ney e CORRÊA, Simone Prates Miranda (orgs). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.99-104.

³⁰ A imagem que me aparece ao pensar em algumas cadeias que conheço é a de uma daquelas *caixas com veneno de barata*. Ou ela morre dentro da caixa ou leva o veneno para os seus, propagando a doenças + violência.

João Baptista Herkenhoff assevera: “*A violência oficial pode ser exercida contra a lei ou à sombra da lei. (...) Violência à sombra da lei é a prisão em si, um anacronismo em face do estágio atual das mais diversas Ciências Humanas. Violência contra a lei é a prisão como a temos aqui, que corrompe o corpo e degrada o espírito dos que são por ela vitimados (...)*”³¹

Assumindo-se a postura garantista - que nada mais é do que cumprir a Lei Maior, Constituição – não pode ser admitida qualquer situação que afronte os Direitos e Garantias individuais dos indivíduos que se escondem por detrás da figura do *apenado pobre*, posto que os ricos/poderosos sempre têm nomes (ou não notaram isso ainda!), devendo-se dar efetividade à Lei de Execução Penal na mesma proporção (pelo menos) da que se busca cumprir o Código Penal. Bastaria se cumprir o art. 41 da LEP...

De sorte que não se pode admitir, dentre outras situações, que presos em regime semi-aberto permaneçam no regime fechado porque inexistem vagas, devendo-se conceder o aberto. Aceitar passivamente estabelecimentos penais em condições precárias e sem habitabilidade, devendo-se interdita-los. Deve-se propiciar que os apenados analfabetos tenham assistência jurídica ou pelo menos alguém que saiba escrever para impetrar um *habeas-corpus*, como lembra **Belov**³². Repensar sobre a constitucionalidade dos aspectos subjetivos para concessão de benefícios, diante das condições que se propicia, deixando-se de exigir-se verdadeiros processos de *canonização* dos segregados.

6 – *Um caminho (im)possível: a teoria integrativa da argumentação jurídica apresentada por Neil MacCormick.*

Percebo ainda a aplicação de meros silogismos pseudamente lógicos na área da Execução Penal, sem qualquer preocupação com as conseqüências das decisões. Por falta de capacidade de argumentação criativa continua-se aplicando as velhas maneiras de se olhar o mundo (do Olimpo), podendo-se apontar um certo *complexo de carimbador* nos magistrados (repetidores).

³¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p.41-2.

³² BELOV, Graça. “A garantia (constitucional) do procedimento oral no *Habeas corpus*”. In. *Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal*. SANTOS, Rogério Dutra dos. Florianópolis : Diploma Legal, 1999, p.161-177.

Um dos caminhos possíveis para modificação dessa realidade é a *teoria integrativa da argumentação jurídica* apresentada por **MacCormick**³³.

Com efeito, **MacCormick** parte da premissa de que a lógica dedutiva é insuficiente para responder ao complexo raciocínio jurídico contemporâneo, reconhecendo, pois, seus limites, bem assim, procurando maneiras de responder aos diversos problemas jurídicos decorrentes de um mundo complexo. A teoria pretende, mediante um esforço integrador, aproximar dois extremos da argumentação jurídica: a ultra-racionalidade (**Dworkin**) e a irracionalidade (**Ross**). Busca, assim, harmonizar a *razão prática Kantiana* com o ceticismo de **Hume**, objetivando comprovar que a *razão prática* deve ser completada *com uma teoria das paixões*. Assim, sua teoria apesar de pretender ser descritiva, traz consigo a normatividade que, servindo de catalisador - agindo de forma a conjugar descrição + normatividade -, seja capaz de dar conta de aspectos dedutivos e não-dedutivos, formais e materiais.

Para tanto, sua teoria pretende dar conta dos aspectos concernentes à decisão judicial, partindo da premissa de que existem dois contextos: o primeiro *contexto de descoberta* e o segundo de *justificação*. O *contexto de descoberta* significa a forma *como se explica*, sem que seja sempre suscetível de uma análise lógica, enquanto o *contexto de justificação* se constitui na análise lógica, mas não apenas lógica, da maneira pela qual a decisão se constrói, fundamentada num método científico.

Neste pensar, não sendo a decisão fruto somente de um raciocínio lógico e diante da prática que toma como objeto, é necessário admitir que “*pessoas honestas e razoáveis possam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade.*”³⁴. Rejeita, portanto e de forma veemente, a prometida neutralidade axiológica presente em diversas teorias do Direito (principal expoente **Kelsen**), assumindo que o julgador (como qualquer outro indivíduo) é formado por suas crenças, idéias e valores. Como diria **Ortega y Gasset** : *You soy yo y mi*

³³ **Neil MacCormick** é professor de Direito e Filosofia Política na Universidade de Edinburgh, autor dos seguintes livros: “*Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford, 1978; Rev. ed., 1994), *H.L.A. Hart* (Stanford, 1981), and *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (Oxford, 1982). Além disso é membro, pela Escócia, do Parlamento Europeu. As considerações aqui lançadas foram retiradas do livro de ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000.

³⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 174.

circunstância. O mérito, pois, de **MacCormick** é poder olhar para além da frieza da lógica matemática, trazendo a subjetividade para dentro de uma racionalidade jurídica possível.

Reconhece, entretanto, que a *justificação* tem pressupostos e limites, não sendo extensível a todos os casos. O primeiro pressuposto é o de que *o Juiz têm o dever de aplicar as regras do Direito válido*; a segunda é o da *identificação de quais são as regras válidas, o que implica na aceitação de regras de reconhecimento compartilhada pelos Juízes*. Assim é que todos os juizes honestos e razoáveis procuram decidir conforme o Direito e para tanto precisam estabelecer formas de encontrar as normas válidas, formando, pois, o paradigma (**Kuhn**³⁵) hegemônico.

Então, quando a dedução é insuficiente, o que significa argumentar juridicamente? A resposta, em síntese: *“sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da **universalidade**, e, em segundo lugar, que a decisão em questão **tenha sentido em relação ao sistema** (ou seja, que cumpra os requisitos de **consistência** e de **coerência**) e em relação ao **mundo** (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento **conseqüencialista**)”*³⁶. Dito de outra forma, o argumento deve ser universal, ter sentido em relação ao sistema (coerência e consistência) e ter conseqüências aceitáveis. Retoma, para tanto, o *falsificacionismo* (**Popper**). Isso porque, *“as decisões jurídicas precisam ter sentido tanto em relação ao sistema jurídico de que se trate quanto em relação ao mundo (o que significa em relação às conseqüências das decisões)”*³⁷. Admite, portanto, o subjetivismo imbricado na racionalidade jurídica, propondo, todavia, uma certa racionalidade/objetividade da decisão final.

A decisão precisa, portanto, ter pertinência com o sistema jurídico e com o mundo. Sustenta que *“a argumentação jurídica, dentro dos limites marcados pelos princípios de universalidade, consistência e coerência é essencialmente uma argumentação*

³⁵ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996, externa dois conceitos de paradigma: Primeiro: *“Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.”*p. 219. Depois: *“Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades.”* p. 222. Os paradigmas são, pois, como a constelação dos compromissos de grupo.

³⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 182-3.

³⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 186.

conseqüencialista.”³⁸. A decisão precisa ser aceitável no contexto fático, não podendo levar ao absurdo ou a perplexidade material³⁹.

A racionalidade seria uma técnica limitada, posto que não pode existir um sistema único e escalonado de valores/princípios capaz de dar conta de uma realidade complexa. Para que se seja um agente racional é preciso reconhecer esses limites, conjugando outras virtudes (sensatez, senso de Justiça, compaixão, arrojo, perspicácia, etc.) examinados segundo critérios da universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das conseqüências⁴⁰. **Atienza** resume: “*o raciocínio jurídico é, como o raciocínio moral, uma forma da racionalidade prática, embora – também como a moral – não seja governado apenas por ela. MacCormick interpreta a analogia entre o raciocínio jurídico e o moral no sentido de que, na sua opinião, o raciocínio moral não é um caso mais pobre de raciocínio jurídico, e sim que o raciocínio jurídico é ‘um caso especial, altamente institucionalizado e formalizado, de raciocínio moral. Isso, por outro lado, se encaixa perfeitamente na sua idéia de o que significa aceitar a regra de reconhecimento e a obrigação dos juizes de aplicar o Direito vigente’*”⁴¹.

Essa racionalidade trazida por **MacCormick**, especificamente no tocante as conseqüências aceitáveis das decisões dentro de um Estado (que se diz) Democrático de Direito, mostra-se como um dos caminhos possíveis aos Juiz da Execução Penal. Por ela, além da pertinência constitucional e do mero silogismo, restaria inserida uma *verdadeira ponte para o futuro*, aferindo-se quais as conseqüências (efetivas) de uma decisão e o mais belo: a responsabilidade do prolator!⁴²

³⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 193.

³⁹ Contudo, é necessário diferenciar entre *resultado* e *conseqüência* de uma ação. O ato do juiz de proferir uma decisão é um resultado com conseqüências no estado das coisas, diretamente vinculada com a expedição da norma válida (sentença), de forma imediata e direta. Não obstante isso, no prodigioso mundo fático as *conseqüências* (que são argumentos hipotéticos e não probabilistas) podem ser muitas e, apesar de ocorrerem temporalmente após o *resultado*, são autônomas e sem nexo de causalidade direto, ou seja, se uma parte é condenada a pagar pensão, o fato de se matar não é conseqüência imputável ao comando judicial.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 202.

⁴¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo : Land, 2000, p. 202.

⁴² Tenho profundo respeito pelos meus colegas que continuam a aplicar a regra geral ao caso apresentado, sem preocupar-se com as conseqüências de suas decisões. Continuam exercendo suas funções *lógicas, na forma da lei*, sem referência ao mundo da vida. O mundo lógico lhes convém. Não lhes interessa as condições das cadeias públicas, a forma pela qual a execução penal se *manifesta*. Suas obrigações estão executadas. Dormem tranqüilos com o sentimento de dever cumprido. Para estes meus colegas, será sempre melhor não ver como suas decisões se cumprem... Zuleta têm razão: *estão tocando a lira, enquanto Roma arde, mas não sabem que estão tocando lira nem que Roma arde...*

7 – (In)conclusões (des)necessárias:

Depois dessa excursão pelo Estado Democrático de Direito, pela maneira pela qual o Direito Penal é construído/forjado e a maneira pela qual se criam o estereótipo do crime/criminoso, dentro de uma percepção garantista (**Ferrajoli**), passando pela racionalidade consequencialista-integrativa de **MacCormick**, sou forçado a lembrar de **Zaffaroni**⁴³ que sentiu o paralelismo entre o Direito Penal ensinado e o aplicado (manifestado e latente), e teve a capacidade/coragem de sair pela porta da dogmática e adentrar (de peito aberto) pela da criminologia, oxigenando, por assim dizer, sua capacidade perceptiva. Foi capaz de ver/sentir o homem que se escondia por detrás do apenado.

Penso que talvez bastasse um pouco mais de amor e carinho na prática jurídica⁴⁴, marcado pela capacidade de abjurar as velhas práticas. Ser capaz de compreender essa estrutura, rever e abjurar os discursos do passado, aprender o que não se sabe, desaprendendo o que se pensou saber (com tanta certeza). **Barthes** têm razão: “*É preciso saber perceber até que ponto se foi utilizado, eventualmente, pelo poder. E então, se nossa sinceridade ou nossa necessidade foram servilizadas ou manipuladas, penso que é absolutamente preciso ter a coragem de abjurar.*”⁴⁵

Essa é a tarefa....

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – crise, acertos e desacertos*. São Paulo : RT, 1995.

⁴⁴ Warat afirma: “*O homem moderno perdeu a coragem de entrar nessa aventura chamada amor. O amor é doloroso porque mata o ego e a razão*” WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Sta Cruz do Sul : EDUNISC, 2000, p. 116.

⁴⁵ BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo : Cultrix, 2000, p.27.