

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

HERMENÊUTICA NA EXECUÇÃO PENAL

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. A reserva legal no Estado Democrático de Direito – 2. Lei de Execução Penal: normas formais ou materiais? – 3. A hermenêutica na execução penal: 3.1 O método constitucional; 3.2 Interpretação das normas de execução penal; 3.3 A polissemia legislativa como fonte de legitimação do arbítrio judicial – 4. Considerações finais – Bibliografia.

Resumo: Do Estado de Direito decorre um princípio da legalidade composto por quatro desdobramentos, todos eles tendentes a preservar a separação dos poderes e o ideal da segurança jurídica. Contudo, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não mais se contenta apenas com uma lei anterior, escrita, estrita e certa, senão também como uma lei necessária. Aplicando-se essa nova amplitude da garantia da reserva legal na execução penal, seremos obrigados a entender que todas as normas da Lei de Execução Penal, que detiverem a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, sujeitam-se, em tudo, aos ditames do princípio da legalidade. Contudo, a execução penal brasileira está a demonstrar que pouco tem sido feito para que esta garantia seja respeitada, principalmente no que se refere ao método hermenêutico adotado na maioria dos processos de execução.

Palavras-chave: Execução penal – Hermenêutica – Princípio da legalidade – Taxatividade – Analogia – Interpretação restritiva – Interpretação analógica.

1. A reserva legal no Estado Democrático de Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu art. 5.º, XXXIX, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, recepcionando, pois, a redação semelhante do art. 1.º do CP brasileiro, Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, com as modificações introduzidas pela Lei 7.209, de 11.07.1984.

Conhecido por *princípio da legalidade*, *princípio da estrita legalidade*, *princípio da reserva legal* ou *princípio da intervenção legalizada*,¹ este comando

⁽¹⁾ Sobre a questão terminológica, v. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas*. São Paulo: RT, 1994. p. 28-31.

adstringe a existência de uma infração penal e de uma pena à previsão legal específica, e dele são extraídas inúmeras consequências (conteúdo, destinatários, eficácia etc.). Mas antes de enfrentarmos tais problemas, impõe-se destacar que o princípio da legalidade, com os contornos hoje admitidos, encontra-se arraigado ao pensamento iluminista oriundo, principalmente, do século XVII.² Nessa época é que surge a idéia de expressão determinante da lei contra a arbitrariedade estatal “irracional”, assim como o postulado dos direitos “naturais” e invioláveis da pessoa em relação à sua liberdade, limitando-se, em decorrência disso, a tarefa do Estado à proteção do Direito e na exigência de dar segurança e certeza ao Direito em benefício de uma burguesia que progressivamente ganhava influência.³ Com a teoria do contrato social nasce o Estado garantidor dos direitos do homem, vinculando-se a sua atuação à proteção destes. Foi principalmente John Locke o idealizador da sujeição não só da sociedade, mas também do Estado, aos ditames da lei,⁴ e, posteriormente, Beccaria (1764) estabeleceria,

(2) Alguns autores citam, como documento originário do princípio da legalidade, a *Magna Charta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, editada em 1215 na Inglaterra. Seu art. 39 dispunha que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (*Internet: http://ribeiro.futuro.usp.br/direitoshumanos/documentos/historicos/magna_carta.html*). O conteúdo garantista de seu texto, entretanto, vem sendo objeto de ressalva pelos estudiosos no assunto. Tem-se dito que os “pares” de que fala o artigo longe estão de ser os integrantes do povo, como são a imensa maioria dos criminosos, senão diziam respeito aos condes, aos barões e demais senhores feudais, e outros ainda ressaltam que os seus preceitos não foram seriamente cumpridos, caindo em desuso com o transcurso do tempo (Cf. Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1990. t. II, p. 385). Além disso, a conjunção alternativa “ou”, que antecede as elementares “de harmonia com a lei do país”, dá ao preceito uma coloração não garantidora, visto que, mediante uma interpretação literal, poder-se-ia chegar à conclusão de que o julgamento “pelos pares” substituiria a exigência de lei. Ademais, pende mais para afigurar como uma garantia processual do que material.

Frederico Marques (*Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. I, p. 181-182), por sua vez, assenta no Direito ibérico as origens da *reserva legal*, visto que, nas Cortes de Leão, em 1186, Afonso IX declarou, sob juramento, que não procedería contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados “perante a Curia”. Já em 1299, nas Cortes de Valladolid, foi reconhecido que ninguém poderia ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não fosse apreciada segundo o “fuero” e o Direito, sendo tal preceito mantido pelo rei Pedro I (1351) e Henrique II (1371), este nas Cortes de Toro. Contudo, tais editos tendem muito mais a originar o princípio da *jurisdicionalidade* do que propriamente este que comentamos.

(3) Nesse sentido: Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 117.

(4) “Nenhum homem na sociedade civil pode ser imune às suas leis. Se houver um homem que se veja no direito de fazer o que lhe apraz, sem que se possa evocar qualquer

de forma definitiva, que “só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.⁵ Também foi na época do iluminismo que tal garantia passou a fazer parte dos textos legislativos de forma expressa e incontroversa. Com a Revolução Francesa é editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte de 20 a 26.08.1789 e aceita pelo rei em 05.10.1789 (art. 7.º).

Daí em diante, todos os ordenamentos jurídicos evoluídos consagraram, de uma forma ou de outra, o princípio da legalidade, principalmente com os contor-

recurso sobre a terra para reparar ou limitar todo o mal que ele fará, gostaria que me dissessem se não é verdade que ele permanece no estado de natureza sob sua forma perfeita e que, portanto, não pode se integrar de maneira alguma à sociedade civil; a menos que alguém me diga que estado de natureza e sociedade civil são uma única e mesma coisa, mas ainda não encontrei ninguém tão defensor da anarquia para afirmá-lo” (*Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 138). Parte da doutrina afirma que Hobbes também já havia feito menção ao princípio da legalidade, a fim de fundamentar o seu modelo de Estado absolutista (nesse sentido: Luiz Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 15). Dúvidas surgem acerca disso a partir da seguinte afirmação de Hobbes: “... ao soberano corresponde o poder de premiar com riquezas, e de castigar com penas corporais ou pecuniárias a todo súdito seu, de acordo com a lei que tenha sido previamente estabelecida; e se não há nenhuma lei, atuará como pareça-lhe mais conveniente para dar aos homens um incentivo que os faça servir ao Estado, ou para dissuadi-los a não o lesionar” (Thomas Hobbes. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico e civil*. Trad. Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Universidad, 1992. p. 151).

- (5) Cesare Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 44. A fórmula latina do princípio da legalidade, tão conhecida atualmente, foi cunhada pelo filósofo jusnaturalista Anselm von Feuerbach, em 1801: “Disso surgem, sem exceção alguma, os seguintes princípios derivados: I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Conseqüentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como conseqüência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada” (v. Anselm von Feuerbach. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 63. É importante ressaltar a observação de Nilo Batista: “Ao contrário do que se difunde freqüentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; nelas se encontram, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine*” (Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 66).

nos ditados pelo modelo político do Estado de Direito. Com efeito, da separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário resultou uma garantia regulativa de toda a atividade estatal administrativa, legislativa e judicante. Nessa fase, o Direito encontra-se estruturado sobre o paradigma liberal-individualista de produção jurídica, em que a parte precedia o todo, ou seja, em que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade.⁶

Aplicadas tais regras ao Direito Penal, teremos um princípio da legalidade (*lato sensu*) dicotômico, no sentido de que institui *poderes e garantias*, sendo, portanto, um instrumento vinculador: a) *do Estado*, no sentido de que somente ao Poder Legislativo Federal, mediante lei ordinária federal – e obedecido o devido procedimento legislativo –, é autorizado o poder legiferante em matéria penal (art. 22, I, da CRFB/88, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo); e somente ao Poder Judiciário – em nível estadual ou federal, de acordo com as suas respectivas competências –, é dada a possibilidade de julgar as infrações penais, segundo os limites do devido processo legal; b) *da sociedade*, visto que se encontra *garantida* contra a possibilidade de existência de uma infração penal sem lei específica que a defina (art. 5.º, XXXIX), e, ademais, contra a possibilidade de julgamento por órgão que não seja o competente para tanto (art. 5.º, XXXVII) e sem a observância do devido processo legal (art. 5.º, LIV).

Portanto, a todo *poder* do Estado de valer-se do Direito Penal corresponde uma *garantia* do indivíduo de proteger-se contra ele, e, conjugando-se a fórmula Direito Penal/controlar social, teremos que todo Estado de Direito, nas palavras de Roxin, deve proteger o indivíduo não só *mediante* o Direito Penal, senão também *do* Direito Penal.⁷ Dessa necessidade é que surgem os quatro desdobramentos do princípio da legalidade, já consagrados pela doutrina em geral nas seguintes regras: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, b) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, c) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

A verdade é, porém, que o princípio da legalidade atravessa uma dupla crise nos dias atuais. Uma primeira crise, que se pode denominar *política*, decorre do fato de tal princípio possuir os mesmos contornos estabelecidos há mais de dois séculos, ao mesmo tempo em que o nosso Estado não é mais o Liberal, mas sim o Democrático de Direito. Além disso, também deparamo-nos com outra crise, a de *legitimidade* da reserva legal: embora os quatro desdobramentos antes enumerados sejam reconhecidos e aceitos pela comunidade jurídica de um modo geral, o certo é que a função dessa garantia vem se apresentando, salvo algumas exce-

(6) Sobre o assunto, v. Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31 *et seq.*

(7) Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 137.

ções, como um simples fator de (des)legitimação *externa* do ordenamento jurídico, ou seja, como uma mera recomendação legiferante e judicial que, acaso inobservada, não será capaz de gerar a invalidação do ato que a contraria (deslegitimação interna). Assim, por exemplo, ao mesmo tempo em que a exigência de *lei escrita* determina ao juiz que interprete restritivamente toda norma penal incriminadora, temos tribunais brasileiros aplicando verdadeira *analogia in malam partem*,⁸ disfarçada sob as vestes de uma interpretação analógica que sequer tem fundamentação plausível perante a moderna hermenêutica. Noutros casos, temos um princípio da legalidade que obriga toda lei a ser suficientemente clara quanto à sua abrangência, ao mesmo tempo em que temos, em nosso País, um tipo penal que sujeita alguém a uma pena somente no caso de contrariar “princípios éticos”.⁹ E não tenho conhecimento, acerca desses dois exemplos, de alguma decisão que os reconhecesse inconstitucionais.

Portanto, depara-se o “cientista penal brasileiro”, hoje, com um dilema: vê-se obrigado a ampliar um princípio da legalidade aos moldes constitucionais atuais, sendo que tal princípio sequer restou observado em seus vetustos ditames. Estamos vivendo num Estado Democrático de Direito sem que, ao menos em matéria penal, tenhamos aprendido a viver legitimamente num Estado de Direito. O princípio da legalidade, num Estado Democrático de Direito, não se contenta, apenas, com a asserção ao “como proibir?” (cuja resposta é: com *segurança jurídica*) – tolerância essa arcada pelo clássico modelo de Estado de Direito –, senão também ao “o que proibir?”. A essa garantia penal é dado o poder determinante não só dos *destinatários* de suas conseqüências, como também da *abrangência* destas. Em outras palavras: não é só a *forma* do Direito Penal que há de restar legitimada pelo princípio da legalidade, mas também o *conteúdo* desse Direito Penal. Um Direito Penal moderno, inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito, há de restar legitimado internamente (*rectius*: validado) não só quando respeitadas as *garantias de liberdade*, mas também as *garantias sociais*, e a isso deve-se dar o nome de *direitos fundamentais*, ou seja, limitações negativas, geradas pelos *direitos de liberdade*, e que nenhuma maioria pode violar, e limitações positivas, geradas pelos *direitos sociais*, e que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Nas palavras de Ferrajoli, “Nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais, precisamente porque estão igualmente garantidos para todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da política, formam a *esfera do indecível que e do indecível que não*; e atuam como fatores não só de legi-

(8) É o caso da Súm. 174 do STJ: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”.

(9) Lei 8.974/95, art. 13, II: “Art. 13. Constituem crimes: (...) II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio”.

timação, não também, e sobretudo, como fatores de deslegitimação das decisões e das não-decisões".¹⁰

A reserva legal, adequada ao nosso *sistema constitucional*, é um mecanismo eficaz de limitação do poder estatal ao respeito dos direitos fundamentais. Não apenas um mero princípio da legalidade, mas sim uma garantia superior que, doravante, denominaremos *princípio da legalidade material*, isto é, um instrumento de tutela limitador não só da *forma* como o Direito Penal é utilizado (pela devida resposta ao "como proibir?"), mas também do seu respectivo *conteúdo* (pela asserção ao "o que proibir?"). Assim, o *princípio da legalidade*, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, passa a compor-se, além dos quatro desdobramentos do princípio da legalidade (formal), de outro: o *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*,¹¹ que vinculará o conteúdo da norma penal e a sua aplicação, principal-

(10) *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 24. Portanto, complementa o mesmo autor italiano, "garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. Por isso, refletem a diversa estrutura dos direitos fundamentais para cuja tutela ou satisfação foram previstas: as garantias liberais, ao estarem dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, consistem essencialmente em técnicas de invalidação ou de anulação dos atos proibidos que as violam; as garantias sociais, orientadas como estão a assegurar a tutela dos direitos sociais, consistem, ao contrário, em técnicas de coerção e/ou de sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem. Em todos os casos, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos" (idem, ibidem, p. 25).

(11) A ampliação do princípio da legalidade penal já havia sido percebida, dentre nós, por Luiz Luisi: "Destarte, o princípio da legalidade dos delitos e das penas vem sofrendo uma revisão, no sentido de que, além da lei penal incriminadora necessitar ser prévia, também mister é que seja precisa. Ao postulado da anterioridade se acresce o da determinação além do da atualidade. Razão por que o princípio da legalidade dos delitos e das penas tem modernamente a seguinte redação: não há crime sem lei prévia, determinada e atual. E não há pena sem prévia cominação legal.

Mas a este princípio, no seu enunciado moderno, entendendo, para evitar a deterioração do direito penal, através de sua hipertrofia, mister se faz acoplar o princípio da necessidade ou da intervenção mínima.

O princípio referido da necessidade se encontra previsto inequivocamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de agosto de 1789, em seu art. 8.º, ao determinar que só 'a lei deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias'. Dando-se ao postulado mencionado gabarito constitucional, de forma expressa, se viabiliza ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das criminalizações, o que impediria a eficácia das tipificações desnecessárias e supérfluas.

Tendo, pois, presente o imperativo de ter o direito penal a eficácia necessária, e como forma de superação de sua crise, dando-lhe uma adequada e exitosa reformulação, ousa

mente com a observância de três outros sub-princípios fundamentais: o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima.¹²

No presente trabalho, irei restringir a abordagem do tema em relação a um dos desdobramentos do princípio da legalidade formal – o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* –, com incursões obrigatórias no princípio da legalidade material (*nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae*), sempre em atenção ao destaque das duas crises de legalidade antes mencionadas. Este referencial teórico, uma vez concluído, será direcionado para a execução penal brasileira, principalmente no que se refere aos seus aspectos hermenêuticos.

2. Lei de Execução Penal: normas formais ou materiais?

As normas processuais, nos dias de hoje, não são apenas disposições *formais* que em nada limitam a liberdade individual de indiciados, réus e apenados. É necessário apreciarmos os casos em que uma norma, apesar de não atribuir, diretamente, uma pena a uma conduta, detém a potencialidade chegar a tal ponto. Tal investigação faz-se necessária porque a sujeição das normas de execução penal ao princípio da legalidade só poderá ser legitimamente fundamentada caso possamos aceitar que a Lei de Execução Penal não está composta, simplesmente, de normas processuais *stricto sensu*. Com efeito, é sabido que a doutrina, de um modo geral, costuma afirmar que as normas processuais não se sujeitam ao princípio da legalidade, salvo no que se refere à mera exigência de uma *lei formal*.¹³

Diante disso, encontramos afirmações no sentido de que o *princípio da anterioridade* regula somente o Direito Penal material, e não também as normas formais, tendo estas aplicação imediata, mesmo aos processos cujo objeto seja uma infração penal anterior à entrada em vigor da nova lei.¹⁴ Tal solução é justificada em razão da ausência de privação da liberdade individual das normas processuais, ao contrário do que ocorre com o Direito Penal material.¹⁵

propor que na revisão constitucional se dê ao inc. XXXIX do art. 5.º a seguinte redação: Não há crime e não há pena sem lei anterior, determinada e necessária” (Luiz Luisi. “Direito penal e revisão constitucional”, RT 729/373-374, ano 85, jul. 1996).

(12) Tendo em vista os limites do presente trabalho, remeto o leitor para as obras já citadas de Nilo Batista e Luiz Luisi, que tratam com maestria esses três princípios, além do nosso: *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

(13) Veja-se que os arts. 1.º e 2.º do Dec.-lei 3.931, de 11.12.1941 (Lei de Introdução do Código de Processo Penal), estabelecem que as disposições do “novo” Código de Processo Penal, então instituído pelo Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, são aplicáveis aos processos em andamento, salvo no que se referem à prisão preventiva e à fiança, caso em que serão aplicados os dispositivos mais favoráveis.

(14) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39-40.

(15) “Ao contrário, portanto, do que acontece no Direito Penal, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, com as suas consequências primordiais, não atinge o processo

Essa simplista solução, contudo, há de ser revista. Uma primeira crítica, de índole eminentemente teórica, que pode ser desenvolvida é no sentido da impossibilidade de as normas processuais levarem em consideração a regra do *tempus regit actum* (aplicação imediata) com base num diploma legal datado de 1941 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), sem que se o conceba à luz da Constituição Federal de 1988. Fundamentar-se a aplicação imediata de uma lei processual com os olhos voltados exclusivamente para a legislação infraconstitucional anterior à Carta de 1998 é o mesmo que negar a exigência de fundamentação das decisões judiciais em conformidade com o *sistema constitucional*.

Uma segunda crítica que merece destaque trava-se em termos políticos. A *ratio essendi* da vedação da retroatividade da *lex gravior* penal deve-se à necessária garantia da qual se deve revestir o indivíduo ante a possibilidade de, após uma conduta concretizar-se, vir um tirano qualquer punir tal conduta sem que ao seu autor tenha sido dada a possibilidade de conhecer o injusto realizado. Não é à toa que o art. 4.º do CP brasileiro adotou a *teoria da atividade* no que se refere à aplicação da lei penal no tempo, ou seja, a lei penal é aplicável somente às ações ou omissões ainda não perpetradas, pois, do contrário (se fosse adotada a *teoria do resultado*), seria possível, principalmente nos crimes materiais, que alguém praticasse uma ação que, nessa época, era permitida, e, em virtude de gerar ela uma ofensa ao soberano, editar este um diploma legal às pressas, antes de o resultado material ter-se verificado, a fim de punir o agente.

Segundo Carrara, a ciência do Direito criminal tem por missão refrear as aberrações da autoridade social nas *proibições*, nas *repressões* e nos *juízos*, a fim de que ela se mantenha nas vias da justiça e não degenere em tirania.¹⁶ Todas as garantias penais insculpidas no sistema constitucional, portanto, dirigem-se à limitação estatal no tratamento desses três filões do Direito Penal: a proibição, a pena e o processo.

O grande problema, na verdade, é a percepção de que não só as normas materiais, mas grande parte das normas processuais e de execução lesam os direitos de liberdade do processado e do apenado, e, nesse caso, deve-se garanti-los contra a possibilidade do arbítrio estatal. Como bem pondera Taipa de Carvalho, “os direitos do argüido e do recluso estão em causa, não deixando, portanto, de estar

penal brasileiro. É que esse princípio visa impedir a incriminação de fatos e a imposição de penas sem prévia lei, e o processo não cuida de estabelecer figuras delituosas, nem de lhes cominar penas. Trata de normas reguladoras da ação penal” (Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. 4. ed., 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976, vol. I, t. I, p. 155). Não é outra a orientação predominante em nossos tribunais: “O princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e à pena não se estende às normas de processo e de execução, em relação às quais vigora a regra da anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso” (STJ, HC 2.086-3, rel. Min. Assis Toledo, DJU 08.11.1993, p. 23.569).

(16) Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1956. vol. I, p. 3.

sempre presente a possibilidade de o poder punitivo tentar servir-se de alterações legislativas posteriores ao *tempus delicti* para agravar retroativamente a situação jurídica dos referidos argüido ou recluso”.¹⁷ Pense-se, por exemplo, na possibilidade de aplicação imediata de uma lei que autorize a quebra do sigilo fiscal ou bancário, editada com urgência pelo Estado a fim de suprir as dificuldades probatórias no processo penal instaurado contra um grande sonegador, acalmando, assim, o clamor social decorrente do fato; ou, em outro caso, a sanção de uma lei que veda a progressão de regime para um determinado delito, tendo em vista a iminente possibilidade de uma “grande sonegadora” progredir de regime. Note-se que, nestes dois exemplos, se admitirmos a aplicação absoluta dos arts. 1.º e 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, sujeitaremos esses dois cidadãos à restrição abusiva (para não dizer “criminosa”) de suas liberdades, acarretando, conseqüentemente, a vulnerabilidade de toda a sociedade ao poder punitivo estatal. Estamos diante, pois, de uma opção política que, uma vez interpretada à luz do Estado Democrático de Direito, não pode autorizar outra solução que não o impedimento de o poder punitivo atingir tais limites, mesmo que a mutação legiferante volte-se contra o pior dos criminosos. É necessária, portanto, a refutação de argumentos tradicionalmente empregados para a aplicação imediata das normas processuais e de execução, tais como a localização topológica da norma ou o exclusivo condicionamento do processo penal¹⁸ para justificar a sua aplicação imediata.

A questão volta-se, agora, para a análise de quais normas processuais e de execução possuem a potencialidade de ofender os direitos de liberdade do cidadão, e quais não detêm essa característica, a fim de, após feita a identificação, reconhecer-se a sujeição das primeiras ao *princípio da legalidade material* e, das segundas, ao *tempus regit actum*.

Sobre o assunto, afirma Taipa de Carvalho que, “no direito processual penal, há normas que condicionam, positiva (pressupostos processuais que são verdadeiros pressupostos adicionais da punição: por exemplo, queixa e acusação particular) ou negativamente (impedimentos processuais que são verdadeiros impedimentos da punição: por exemplo, a prescrição do procedimento criminal) a responsabilidade penal; há normas que dizem diretamente respeito aos direitos e garantias de defesa do argüido (por exemplo, espécies de prova e valoração da sua eficácia probatória, graus de recurso); há, ainda, normas que afetam direta,

(17) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. p. 223.

(18) Maurach, por exemplo, concebia os pressupostos processuais como regras de índole exclusivamente processual, visto que apenas condicionavam o procedimento penal, refutando, a partir disso, a vedação da retroatividade penal (Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. II, p. 615). No mesmo sentido: Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 186.

incisiva e gravemente o direito fundamental da liberdade (caso da prisão preventiva)".¹⁹ Por outro lado, existem normas processuais cuja aplicação em nada pode restringir os direitos de liberdade, ou seja, normas de regramento de "pura técnica processual", tais como as formas de citação, a oitiva de testemunhas, os prazos recursais etc. Em relação a esses dois grandes grupos de normas, o mesmo autor denomina as primeiras de *normas processuais penais*, e as segundas de *normas processuais formais*.²⁰

Nesse caso, se as primeiras, assim como as *normas penais stricto sensu*, possuem a capacidade de restringir um direito fundamental do cidadão, e se, por outro lado, o *princípio da legalidade* é uma garantia limitativa contra os abusos estatais atentatórios contra esses mesmos direitos fundamentais, pode-se concluir, com facilidade, que também as *normas processuais materiais* devem se sujeitar à vinculação normativa formal e substancial produzida no Estado Democrático de Direito. O grande problema, a meu ver, é a correta identificação da exata natureza da norma, situação essa que, em razão da carga de valoração ideológica a que está sujeita, pode gerar problemas de difícil solução. Isso, contudo, não absterne o hermeneuta de tentar classificar os dispositivos da execução penal, para, após, sujeitá-los à sua válida aplicação. Essa tarefa será desenvolvida a seguir.

(19) Op. cit., p. 210-211.

(20) Vejamos alguns exemplos de aplicação irretroativa de normas processuais materiais, em razão de sua natureza de *lex gravior*: o aumento do prazo decadencial para o oferecimento de representação ou de queixa-crime; a transformação de um delito de ação penal pública condicionada em incondicionada; o aumento do prazo prescricional para determinados crimes; a instituição de novas causas interruptivas ou suspensivas da prescrição; a possibilidade da quebra de sigilo bancário, telefônico ou fiscal; a revogação do perdão judicial para um determinado delito; o deslocamento da competência para outro órgão jurisdicional (tal garantia é prevista expressamente na Constituição da Espanha, no art. 24, II: "todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei"); a ampliação dos casos de medidas assecuratórias, tais como hipoteca, seqüestro ou arresto; a possibilidade de as questões de Estado serem provadas sem as restrições da prova civil; a ampliação dos fundamentos para a prisão preventiva; a inclusão de um delito que, em razão de suas características próprias, não autorizava a prisão preventiva, mas, agora, passa a ser possível; a ampliação dos casos de perda ou cassação da fiança etc. Como se pode notar, em todas essas situações há a possibilidade de, uma vez admitindo-se a aplicação retroativa, verificarem-se abusos estatais em relação aos direitos fundamentais daqueles que estejam sujeitos a um processo penal. Só com o respeito à irretroatividade é que se poderá assegurar a sociedade contra tamanhas restrições.

Já as normas processuais formais podem ser visualizadas nos seguintes casos, todos eles de aplicação imediata, na forma da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal: a admissão da citação por hora certa no processo penal; a diminuição do número de testemunhas no procedimento ordinário; a oitiva do acusado após a audiência de instrução; a alteração do procedimento acerca do reconhecimento de pessoas e de coisas, ou da acareação; a diminuição de um prazo recursal etc.

3. A hermenêutica na execução penal

3.1 O método constitucional

Com o advento da Revolução Francesa, que redundou no surgimento do Estado de Direito, sedimentou-se um sólido sistema jurídico fundamentado, principalmente, em três princípios fundamentais: a igualdade, a legalidade e a separação dos Poderes. De relevante, no momento, temos a cogente submissão de todo o Estado – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – aos ditames estipulados em lei (art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), além do que as atribuições de cada um desses Poderes guardava uma proteção contra a invasão funcional.

O Estado de Direito, contudo, conferia ao Poder Legislativo um múnus bastante amplo e arbitrário, já que a ele pertencia a titularidade estipulativa dos limites a que estavam sujeitos não só os demais Poderes como, também, o próprio cidadão. Nesse contexto, não se havia desenvolvido, ainda, um mecanismo capaz de vincular substancialmente também o próprio legislador. Por outro lado, foi-se notando, principalmente na segunda metade do século XX, que o conteúdo semântico das normas legais conferia ao Executivo e ao Judiciário uma área de atuação que, por meio da (ilegítima) tolerância política de um determinado discurso jurídico, restava bastante ampla. Com o neokantismo, a incessante busca pela sociedade ideal demandou o desenvolvimento não só de um *Direito ideal*, senão também de um *Estado ideal*, cujo primado pela Justiça fosse o verdadeiro norte a ser observado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A experiência nazista foi elucidativa para demonstrar que o Direito, uma vez desenvolvido a partir de um método supostamente científico, conferia ao Estado uma liberdade extrema quanto à determinação dos fins políticos a serem desenvolvidos, e, com isso, a desenfreada busca pela “purificação” estatal sucumbiu, assim como a filosofia política, a uma nova visão valorativa das ciências espirituais. A grande maioria dos autores que discutem, atualmente, a metodologia do Direito (e, como tal, da própria política) partilha da noção de que o Direito busca um ideal de justiça que, com a colaboração de Radbruch,²¹ começou a sedimentar-se a partir dos direitos fundamentais, cujo conteúdo ainda era bastante incerto, mas que pôde ser superado, principalmente, pela adoção do modelo do Estado Constitucional. Com efeito, foi-se percebendo a necessidade de uma hierarquização formal e material entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, de tal forma que, visto este na forma de uma pirâmide (e nesse aspecto a contribuição de Kelsen foi fundamental, embora metodologicamente equivocada), as normas inferiores sujeitassem-se a uma “prestação de contas” às normas diretamente superiores, e assim por diante. Surgiu, com esse mecanismo, a necessidade de

(21) V. “Cinco minutos de filosofia”. In: Gustav Radbruch. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 415-418.

formulação de um *estatuto* que, uma vez situado no ápice da pirâmide, fosse dotado da potencialidade de regular todas as normas diretamente inferiores. Esse *estatuto* denomina-se Constituição, cujas normas, tendo em vista a necessidade regulativa de todo o ordenamento jurídico, devem possuir conteúdo bastante genérico, relegando-se, assim, ao ordenamento jurídico infraconstitucional, a regulação particularizada das relações jurídicas. Em outras palavras: as normas jurídicas, quanto mais situadas no ápice da pirâmide, mais genéricas são, particularizando-se à medida que fossem descendo à base da pirâmide.

Por outro lado, essa mesma Constituição, ao ser elaborada em atenção ao desenvolvimento de uma sociedade *justa*, deveria sujeitar-se aos valores cujo desenvolvimento cultural humano fez surgir com o caráter de universalidade. Trata-se, a bem da verdade, do reconhecimento de valores ou de critérios de valoração supralégais – dêis que não jusnaturalisticamente concebidos, dada a sua relatividade e mutabilidade – que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Tais valores, uma vez reconhecidos *expressa* ou *implicitamente* na Constituição, vinculavam toda a atividade do Estado: todos os Poderes, agora (e aqui já estamos no Estado Democrático de Direito), submetem-se, dentro de suas atribuições, a obrigações de fazer (direitos sociais) e de não-fazer (direitos de liberdade).

Isso tudo, por si só, gerou um avanço significativo na Teoria do Direito e do Estado, visto que administrar, julgar e legislar são atos que, doravante, estariam limitados formal e substancialmente pelos valores determinantes do ideal do Direito e do Estado que, ao contrário do neokantismo, guardavam um conteúdo relativamente determinado pelos *direitos fundamentais*. Entretanto, não poucas dificuldades ainda persistem – e este é assunto jurídico “do momento” – no que tange à forma e à “correta” interpretação desses valores legitimadores (ou deslegitimadores) da atividade estatal, ou seja, a cognição do “ser” de todo esse aparato axiomático. É sabido que o nosso ordenamento constitucional²² contemplou, expressa ou implicitamente, uma imensa gama de direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais) – tais como o direito à igualdade, o direito à dignidade da pessoa humana etc. –, mas o desafio que se trava, agora, versa sobre a elucidação da abrangência desses direitos, bem como o método a ser observado para o respeito das garantias fundamentais. Ocorre que a superação do método positivista demonstrou que as normas legais não guardam em si um conteúdo – imanente ou transcendente – captável pela mera dedução subsuntiva de seu intér-

(22) Refiro-me, aqui, ao nosso ordenamento constitucional porque os direitos fundamentais, apesar de serem determinados em abstrato, só são encontráveis em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. Nesse sentido: Jürgen Habermas. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I, p. 241.

prete, pois, para tanto, seria necessário que toda palavra, bem como junção de palavras, possuísse uma limitada gama de variações e interpretações pré-concebidas e imutáveis que, diante disso, sujeitassem o hermeneuta a uma atividade meramente cognitiva do *ser* da norma ou, em outras palavras, do *ser da justiça*. Tanto em sua definição vulgar quanto em sua definição filosófica, a “presença” heideggeriana,²³ ou seja, o *ser* do homem, caracteriza-o como o ser vivo cujo modo de ser é, essencialmente, determinado pela *possibilidade de linguagem*.

Nessa linha de raciocínio – e aqui nos deteremos, em específico, no campo de atuação do Poder Judiciário – o juiz não “aplica” a lei, pois, para tanto, seria necessária uma capacidade de captação ontológica do exato domínio da norma e, ademais, da exata adequação do fato a ela. O juiz, isso sim, ao fundamentar a sua decisão, “cria” a lei que regerá o caso concreto, segundo a gama de possibilidades limitadas que a norma lhe proporciona, solução essa que será considerada “correta” sempre que o discurso produzido aproxime-se do discurso tolerado. Uma explicação – consigna Maturana – é sempre uma reprodução ou reformulação intencional de um sistema ou fenômeno, dirigida por um observador a outro que deve aceitá-la ou rejeitá-la, admitindo ou negando que ela constitui um modelo do sistema ou do fenômeno a ser explicado;²⁴ tudo o que é dito é dito sempre por um observador a outro observador, cuja conformidade recíproca originará o “acoplamento estrutural” do discurso.²⁵ A realidade, portanto, é um domínio es-

(23) Martin Heidegger. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. Parte I, p. 54.

(24) Humberto Maturana. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 125.

(25) Aqui, uma observação importante: abordar o “ser” a partir de um sistema não determinado estruturalmente, mas sim formado e conformado pela linguagem temporária, nos moldes da *autopoiese* de Maturana e Varela, não nos autoriza, por si só, a entender o Direito como um organismo *autopoietico* (segundo pensa Jakobs, estribado nos ensinamentos de Luhmann), ou seja, como um sistema dinâmico fechado no qual todos os fenômenos são subordinados à sua autopoiese e todos os seus estados são autopoieticos, fazendo com que o sistema jurídico movimente-se (e deva continuar movimentando-se) socialmente sem perturbações em sua estrutura fundante, pois, do contrário, o sistema morre. Não é à toa que Jakobs fundamenta o Direito Penal a partir de sua função reintegradora (prevenção geral positiva), ou seja, a norma, uma vez infringida, deve ser aplicada como forma de manutenção do próprio sistema. Ora, tomar o sistema jurídico como um sistema autopoietico fechado que se movimenta autonomamente, mas segundo a mudança estrutural contínua sob condições de contínuo intercâmbio de material com o meio, é relegar o indivíduo, o homem, a um papel secundário para a ciência jurídica (por essa razão é que Jakobs não labora a partir de “bens jurídicos” penalmente protegidos) e para as ciências do espírito, e isso, é claro, deve ser entendido no plano normativo. A construção sistêmico-funcional da *autopoiese* de Maturana foi desenvolvida para explicar a dinâmica do sistema neurológico, em que pese esse mesmo autor admitir tal concepção também para as ciências sociais. Nesse sentido, comungamos do pensamento de F. J. Varela, co-autor da *autopoiese*, no sentido de que tal sistema guarda restrições no que tange à sua aplicação às ciências sociais.

pecificado pelas operações do observador, e não um domínio especificante destas mesmas operações.

Portanto, os valores insculpidos no ordenamento constitucional (o *ideal do Direito*) somente foram concebidos como *vigentes* e *delimitados* quanto à sua forma, e somente em parte quanto ao seu conteúdo. O princípio da igualdade, por exemplo, é incondicionalmente aceito como uma meta fundamental do Estado Democrático de Direito, e a sua exata abrangência, contudo, só se encontra perfeitamente elucidada quanto à impossibilidade de negação do próprio princípio. Pela via do consenso lingüístico, entretanto, a sua incidência pode variar em diversas situações, e aqui é que a *metodologia constitucional* assume especial relevância: um discurso jurídico fundante e tolerado pode não guardar aproximação com um discurso normativo-constitucional, fazendo com que uma decisão judicial – ainda que proveniente do STF – possa ser reputada eficaz (já que produziu efeitos jurídicos), embora não válida segundo a especulação lingüístico-sistemática dos valores constitucionalmente assegurados.²⁶ Podem coexistir, dessarte,

(26) Vejamos um exemplo para uma melhor compreensão do afirmado: o Dec. 3.667/2000 estabeleceu os requisitos a serem satisfeitos, pelos apenados, para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena. Em seu art. 10, III, foi consignado que os condenados pela prática de crime de roubo qualificado (art. 157, § 2.º) não poderiam ter direito ao indulto e à comutação. Contudo, parece bastante evidente que tal exigência torna-se inócua frente ao princípio da igualdade, já que aos condenados pela prática de crime de extorsão, ainda que na sua modalidade simples (art. 158, *caput*, do CP), não foi efetivada a restrição. Ora, se ambos os delitos atentam contra o patrimônio, se ambos são praticados com violência e grave ameaça (residindo, em meu ver, a única diferença no fato de que, na extorsão, a *res* só pode ser entregue pela vítima ao delinqüente, enquanto no roubo, a *res* pode ser alcançada não só por uma subtração do autor, como, também, com a entrega pela vítima) e, ademais, ambos os crimes possuem a mesma pena em sua forma simples, não parece convincente que, diante de tantas características essenciais comuns, tal diferenciação possa ser legitimamente feita. Contudo, o discurso jurídico atual prepondera no sentido de que o indulto, por ser um ato discricionário do Presidente da República, pode excluir determinados crimes de sua abrangência. Em outras palavras: o princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado, é afastado diante de um poder discricionário ilimitado do Presidente da República, poder este que sequer possui amparo constitucional. Nota-se, aqui, um distanciamento lingüístico-valorativo entre a garantia constitucional e o discurso lingüístico-fático dos nossos tribunais. Tal situação, se bem entendida metodologicamente (ou seja, com a separação entre situações fáticas e juízos normativos-constitucionais), há de ser reputada *eficaz* (visto ter produzido efeitos concretos), embora *inválida*.

Outro exemplo dessa falha metodológica verifica-se, ainda em sede de indulto, na vedação desse direito aos condenados pela prática de crimes hediondos. O discurso jurídico reinante no STF é no sentido da possibilidade de o decreto presidencial vedar o indulto para crimes hediondos: "(...) com efeito, precedentes do Plenário e das Turmas têm proclamado que os decretos com benefícios coletivos de indulto e comutação podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os condenados por outros.

um discurso fático-jurídico tolerado e outro normativo-constitucional tolerável, de tal forma que um, metodologicamente, não interfira no outro. É tarefa do hermeneuta – e aqui me refiro também ao administrador e ao legislador, posto que seus atos também devem ser interpretados em consonância com a Constituição²⁷ – submeter toda a sua atividade a uma aproximação lingüística entre os dois discursos, conferindo primazia, contudo, ao *ideal constitucionalizante do Direito e do próprio Estado*. Isso permitirá não só uma visão crítica de suas atividades pretéritas como, ademais, uma adequação axiológica de suas atividades futuras, sempre na busca do *justo desenvolvimento do Direito e do Estado*.

É necessário que se perceba, contudo, que a abrangência desses valores constitucionais – capazes de invalidar qualquer ato judicial, administrativo ou legislativo que o inobserve (e nisto reside a superação do modelo kelseniano) – não se en-

Essa exclusão pode fazer-se com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (...)” (HC 74132/SP, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 27.09.1996, p. 36.153, j. 22.08.1996). Parece estranho que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, apenas vede a concessão de anistia e graça para os crimes hediondos e, ao mesmo tempo, o Presidente da República possa legitimamente, via decreto (*sic*), restringir um direito de liberdade individual, sob o amparo de um suposto “poder discricionário” que confere a ele uma ampla liberdade substancial de seus atos. É uma falácia afirmarmos a existência de poder discricionário em atos administrativos, pelo simples fato de que todo ato administrativo deve adequar-se à Constituição; assim, todo administrativo é, sempre, vinculado aos princípios constitucionais.

- (27) Essa limitação dos três Poderes pela Constituição, contudo, não se desenvolve paritariamente nas atividades de administrar, legislar e julgar, principalmente em razão das diferentes atribuições estatais decorrentes do princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, da diversa procedimentalização do discurso de cada um desses órgãos. Como bem destaca Habermas, “do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações eqüitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o Legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigma interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos de direito privado” (Jürgen Habermas, op. cit., vol. I, p. 239).

contra aprioristicamente determinada. Pelo contrário, há de ser vislumbrada, discutida e fundamentada para, a seguir, instaurar-se um consenso lingüístico-constitucional que, doravante, substitua o consenso lingüístico-infraconstitucional que, em razão da influência do método positivista, ainda teima em subsistir. Todo ato administrativo, toda lei e toda decisão judicial devem ser adequados formal e substancialmente às normas constitucionais, e isso demanda do hermeneuta (*lato sensu*) uma espécie de estrabismo jurídico: o desenvolvimento de suas atividades opera-se com um olho (de soslaio) na lei e outro na Constituição.²⁸

Se os valores constitucionais não se encontram aprioristicamente elucidados, não será a negação de sua existência que irá delimitá-los, mas sim a busca de um consenso por toda a comunidade jurídica, e, para tanto, é necessária discussão, análise, fundamentação. Nas palavras de Habermas,²⁹ em consonância com Alexy, “quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração”. O que não se pode tolerar, atualmente, é o desenvolvimento de um discurso jurídico que, negando implicitamente a própria existência de princípios constitucionais, necessite de idealismos para se manter coerente.³⁰

(28) Por essa razão é que sustento a deslegitimidade funcional do STJ. Ora, se toda decisão judicial há de ser, sempre, adequada constitucionalmente, como sustentar a legitimidade de um tribunal que se considera protetor da legislação infra-constitucional? Como imaginar que um juiz possa, ao julgar um recurso, defender a legislação ordinária sem, ao mesmo tempo, defender a Constituição? Na verdade, toda lesão a normas infra-constitucionais acarreta, sempre, uma lesão (formal ou substancial) a uma norma constitucional. É uma falácia, hoje, falarmos em ilegalidade e inconstitucionalidade com significados autônomos.

(29) Op. cit., vol. I, p. 286-287.

(30) Apenas para evitar uma divagação abstrata exagerada, vejamos um exemplo concreto do afirmado, trazendo à baila situações pitorescas surgidas no curso de uma execução penal gaúcha: um determinado apenado – condenado, na comarca de São Gabriel, pelo delito de tráfico de entorpecentes – foi removido para o Hospital Penitenciário de Porto Alegre, visto que, por ser paraplégico, estava apresentando escaras na região glútea do corpo, lesões essas que, segundo laudo pericial, poderiam ser tratadas fora do ambiente penitenciário e com a ajuda de familiares, até mesmo porque o risco de óbito por contaminação por outras moléstias graves era bastante elevado. Oficiou, então, o Coordenador Administrativo e Operacional do Hospital Penitenciário de Porto Alegre à comarca de São Gabriel, recomendando a alteração do regime de cumprimento de pena para “prisão domiciliar” ou “casa-albergue”. O Ministério Público, em sua manifestação sobre o incidente, opinou pelo indeferimento do pedido, dentre outros fundamentos, porque “o réu se encontra recolhido ao Hospital Penitenciário para *cumprir pena*, e não para tratar sua moléstia, que é incurável. Foi removido para aquele nosocômio tão-somente porque a execução de sua pena no Presídio Estadual de São Gabriel seria

E mais: um consenso constitucional não pode ser obtido mediante a apreciação isolada de normas jurídicas. Com efeito – nas palavras de Bobbio –, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”,³¹ até mesmo porque, do contrário, não teríamos uma resposta juridicamente plausível para as lacunas e antinomias do Direito, que existem, inclusive, em nível constitucional (basta lembrar a possibilidade de colisão entre dois princípios constitucionais a serem observados num determinado caso concreto, e cuja resposta é solucionada pelo *princípio da proporcionalidade*).

Portanto, o *método constitucionalista*, fruto dos problemas sociais a que se viu sujeita a humanidade até o final do século XX, torna possível a percepção de que o Direito (e também o Estado) há de buscar um *ideal*, uma finalidade capaz de justificar a sua própria existência. A validade de tal meta não está submetida a valores naturais universais e imutáveis, nem às circunstâncias históricas de uma

inviável, haja vista que este estabelecimento penal não possui funcionários aptos a cuidar do apenado, que é paraplégico” (grifado no original). A autoridade judicial, em acolhimento ao parecer ministerial, indeferiu a transferência para a “prisão domiciliar”, e, dias após, o apenado veio a falecer em razão de infecção generalizada.

Sem adentrarmos em fundamentos éticos de tal manifestação, vislumbra-se que o parecer ministerial vale-se, como “pano de fundo argumentativo”, de um fundamento meramente retributivo para a sanção penal, e não utilitário, como se isso fosse semanticamente compatível com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o da promoção do bem de todos os cidadãos (art. 3.º, IV, da CRFB/88). Prova disso é que o art. 5.º, XLIX, da CRFB/88 determina que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Nesse aspecto, pois, a fundamentação é eminentemente idealista e, ademais, inconstitucional.

Além disso, outro fundamento exarado pelo *Parquet* para a rejeição do pedido foi o de que o crime a que foi condenado o preso era hediondo, e, como tal, de cumprimento integralmente no regime fechado. Note-se que tal restrição é determinada pela Lei 8.072/90 – ou seja, uma lei infraconstitucional –, cujo conteúdo, no caso concreto, redundou na superação – por omissão – do *princípio da humanidade das penas* (art. 5.º, XLVII, da CRFB/88). Em primeiro lugar, a Lei dos Crimes Hediondos não veda a concessão de prisão domiciliar para os apenados (até mesmo porque tal modalidade não caracteriza um regime de cumprimento da pena). Em segundo lugar, em que pese a Lei de Execuções Penais, em seu art. 117, dar a entender que a prisão domiciliar só seria possível no regime aberto, uma rápida leitura desse dispositivo, à luz do *princípio da humanidade das penas*, já nos faz concluir que tal interpretação gramatical não pode subsistir. Imaginemos o caso de um preso, em regime fechado, em estado terminal de sua doença; sendo conveniente um tratamento domiciliar, seria legítimo mantermos esse preso recolhido num presídio só porque o art. 117 da LEP possui tal redação? Como conciliar o art. 117 da LEP com a vedação constitucional de penas cruéis? O que se fez no exemplo citado, em suma, foi uma ordinarização da Constituição, e não uma constitucionalização da lei ordinária.

(31) Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 19.

determinada sociedade e, muito menos, a uma facultativa submissão legitimadora do próprio Estado. A *cultura humana* (ou, se se preferir, a “aptidão natural” kantiana), ao contrário, foi capaz de, revestida sob o manto do Estado Constitucional, atribuir-lhe um conteúdo relativamente determinado, mutável, dinâmico e sistêmico, capaz de estabelecer um verdadeiro freio axiomático imposto a todos os órgãos estatais, e cujo conteúdo diz respeito não só às garantias dos indivíduos em não verem suas liberdades lesadas, como, ademais, nas garantias da sociedade em ver suas necessidades primordiais satisfeitas. Direito “justo” (e Estado “justo”) é, em suma, todo aquele que respeita, e sempre busca respeitar os *direitos fundamentais constitucionalmente assegurados*.

Vejamos as implicações que tal método acarreta na hermenêutica da execução penal.

3.2 Interpretação das normas de execução penal

Do paradigma liberal-individualista é que decorrem as conhecidas classificações, ainda hoje repetidas nos manuais de Direito Penal, dos mecanismos de interpretação do Direito: quanto ao *sujeito* (autêntica, jurisprudencial e doutrinária); quanto aos *meios empregados* (gramatical, lógica ou teleológica); e quanto aos *resultados obtidos* (declarativa, restritiva e extensiva). Isso poderia nos levar a crer que, no ato de aplicar a lei, o juiz poderia valer-se, em algumas situações, de uma interpretação gramatical; em outras, lógica ou teleológica. Valendo-se de qualquer desses meios, poderia ele obter, conforme o caso, um resultado meramente declarativo ou, em outras hipóteses, restritivo ou extensivo.

Como se pode notar, a dogmática penal “moderna” encarregou-se de estabelecer até mesmo os critérios a serem seguidos pela atividade judicante, como se deles não se pudesse afastar o juiz. É facilmente perceptível a influência sofrida pelo modelo liberal da época da Revolução Francesa, em que o juiz, via interpretação, buscava o verdadeiro sentido do teor da lei já anteriormente posta pelo Poder Legislativo. O texto legal possuiria, nesse contexto, um sentido alcançável de forma essencialista, ou seja, toda norma possuiria um sentido imanente, como uma espécie de elo que une o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, por meio um processo interpretativo-objetificante, pelo sujeito cognoscente (intérprete).³² O intérprete colocar-se-ia numa relação de sujeito-

⁽³²⁾ Cf. Lenio Luiz Streck. Op. cit., p. 199. Como bem afirma Hassemer, “as regras de interpretação só poderiam conseguir uma ‘vinculação’ do juiz caso não prescrevessem simplesmente um determinado procedimento de interpretação – e isso é o que ocorre –, mas, além disso, ditassem também – e isso não ocorre – em que situações de decisão haveria de seguir uma ou outra regra de aplicação, ou seja, se contivessem uma ‘meta-regra’ de sua aplicação. Essa regra não existe. A tentativa empreendida de relacionar as regras de interpretação de forma razoável, de estabelecer um nível hierárquico entre elas, não é convincente teoricamente, e não tem nenhuma transcendência prática. Por

objeto, posto que dotado de capacidade cognitiva suficiente para captar a realidade do fato e compará-lo com o ditame normativo, como se, metafisicamente, fosse admissível que todo fato possuísse uma realidade verdadeira, um sentido ontológico, pré-concebido.

Nesse contexto é que surge, como decorrência do princípio da legalidade, os comandos de vedação da analogia, que, por sua vez, não se confunde com interpretação analógica ou extensiva. Afirma-se que um juiz não poderia aplicar um tipo penal incriminador a fatos que, embora semelhantes, não estão contidos na lei, como se fosse possível afirmar que, ontologicamente, tal dispositivo legal aplicar-se-ia a este fato, mas não também àquele. Ignora-se, nesse paradigma, que um dispositivo legal somente subsume-se a um fato em virtude de um discurso jurídico tolerado pelas fontes de produção do Direito (tribunais, universidades, Ministério Público, advogados etc.), ou seja, uma “arma de brinquedo” somente transmuda-se em “arma”, para fins penais, em razão do “consenso” jurídico (entendimento sumulado) acerca dessa adequação, e não porque uma arma de brinquedo, metafisicamente, corresponda, em sua essência, a uma *idéia de arma*. Nota-se, aqui, que a *linguagem* é um mero instrumento (Platão) de contato entre o intérprete e a essência do objeto (Direito), ou seja, a linguagem é utilizada como elucidação do *espírito da lei* ou do *legislador*.

Nem se afirme que, com base nesse parâmetro, a linguagem será um instrumento legitimante de discursos jurídicos ético-substanciais. Ao intérprete não é dado o poder de, mediante a palavra, distorcer o conteúdo e o alcance da norma. O paradigma da linguagem, muito bem elucidado por Streck,³³ deve ser complementado por um discurso jurídico garantidor, ou seja, uma linguagem em consonância com os ditames do ordenamento constitucional. Ao cientista penal incumbe estabelecer um *método* de Direito Penal capaz de conciliar a “relação de complementação” entre fatos e valores com as garantias fundamentais, e isso nos conduz à “parcial” separação entre Direito e moral. Não que isso seja, em si mesmo, uma realidade, mas sim um valor adequado ao nosso Estado Democrático de Direito. A *secularização sistemática do Direito Penal* determina-nos: a) que toda restrição da liberdade humana, mediante a positivação das proibições penais, obedeça – ou chegue o mais próximo possível – da separação entre Direito e moral, no sentido de que somente se considere proibido aquilo que a norma estabelecer, e não também a moral; mas, por outro lado, b) que toda ampliação da liberdade humana revista-se o máximo possível da integração entre Direito e moral. Não uma moral qualquer, mas sim a moral insculpida no ordenamento constitucional de nosso Estado Democrático de Direito.

consequente, as regras de interpretação não são determinantes no que tange ao resultado, funcionando, apenas, como ofertas para legitimar resultados desejados (e obtidos por outros meios)” (Winfried Hassemer. “Hermeneutica y derecho”. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Universidad de Granada, n. 25, 1985. p. 74-75).

(33) *Hermenêutica...*, op. cit., p. 155-204.

Aplicando-se tais princípios à atividade judicante, chegaremos à conclusão de que o juiz, numa sentença penal *condenatória*, não poderá *criar* um direito qualquer, capaz de fundamentar a sua decisão, mas, sim, somente poderá *interpretar* (*rectius: criar através do discurso constitucional*) o Direito positivado segundo os valores constitucionais. Já numa sentença penal *absolutória*, tais limites desaparecem, mas não no sentido de que ao juiz seja dado o poder de *criar* livremente. A inovação poder-se-á verificar mediante uma *interpretação*, ou até mesmo uma *criação* do sistema jurídico.

Pois bem. Boa parte da doutrina, ainda hoje, vem admitindo a interpretação extensiva ou analógica, ainda que resulte na exasperação do tratamento jurídico a ser dado ao fato interpretado.³⁴ A fim de sustentar a legitimidade dessa solução frente ao princípio da legalidade – posto que o que se veda é a analogia, e não a interpretação analógica –, costuma-se afirmar que a analogia é um processo de criação do Direito. Enquanto alguns autores, nas palavras de Ruy da Costa Antunes, “vêm na autorização da analogia um processo de elaboração de novas normas destinadas a regular situações não previstas pelo legislador, outros estudiosos acentuam que a aplicação da analogia pelo intérprete apenas revela o direito *latente*, afastada, assim, a hipótese do aparecimento de uma nova norma”.³⁵

É impossível estabelecer uma diferenciação entre analogia e interpretação analógica porque é impossível pensar que uma palavra descreva uma gama limitada de fatos, ficando outros, embora semelhantes, fora dela. A linguagem é o meio de que se vale o aplicador da lei para “subsumir” o fato à norma, e, a partir disso, mostrar ao restante da comunidade jurídica que aquele “é” o discurso “correto”. É a linguagem que aproxima ou distancia um fato de uma norma. Nesse caso, tomando-se o “sentido comum teórico dos juristas” como ponto de referência, poderemos tranquilamente denominar a analogia como um *afastamento lingüístico* desse referencial, e a interpretação extensiva como uma *aproximação lingüística*. Bastaria ao intérprete, diante disso, mover o ponto referencial para, imediatamente, o fato remoto aproximar-se da norma, ou o fato próximo dela se afastar.

A proibição da analogia, nos moldes até então estabelecidos geralmente pela doutrina, tem por finalidade limitar a atividade judicante na *criação* do Direito, mas, por meio da quase-consensual admissão da interpretação extensiva, restaria livre a mesma atividade em *interpretar* a lei. Nesse sentido, a vedação da analogia resta impotente à deslegitimação interpretativa, posto que considerada como algo externo à interpretação.

(34) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 27; José Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. vol. I, p. 171; Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 96; etc.

(35) “Da analogia no direito penal”. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para Docente Livre de Direito Penal. Recife: [s.e.], 1953, p. 8.

Ainda que majoritariamente aceita – e esta tem sido a origem da *crise da vedação da analogia in malam partem* –, tal solução há de ser refutada, pelo simples fato de que toda interpretação é sempre uma analogia. Consoante Hassemer,³⁶ na conclusão de semelhança da teoria jurídica do método (*argumentum a similibus as similia*, procedimento analógico), comparam-se sempre dois casos entre si em relação a um terceiro, o *tertium comparationis*, sendo este essencial para um dos casos. Se se pode – dentro de uma certa tolerância – ver o *tertium comparationis* igual para ambos os casos, então os dois podem ser tratados como similares entre si (e assim, por exemplo, se em relação a um deles está estabelecida sua significação, concluir a significação jurídica não conhecida do outro, *per analogiam*). Se, ao contrário, o *tertium comparationis* não rege ambos da mesma forma, deve-se reconhecer o caminho da conclusão *a contrario* e resolver o caso não conhecido de forma diferente do conhecido.

A natureza interpretativa de toda analogia não quer dizer, contudo, que o juiz não esteja vinculado ao teor literal da lei. A igualdade de procedimento de argumentação não nos impede de distinguir entre sua aplicação dentro e fora do limite do teor literal, mas não por razões metafísicas, e sim lingüísticas. Tal limite não caracteriza nenhuma diferença na estrutura lógica do processo de aplicação do Direito, senão que tem sua justificação em premissas jurídico-políticas e penais independentes dessa estrutura. Nesse caso, todos aqueles que negam a limitação interpretativa pelo teor literal chegam à conclusão de que toda hermenêutica há de ser teleológica, segundo a *ratio legis*. Essa problemática trava-se numa questão que tem recebido pouca importância no meio acadêmico e judicial: a compatibilidade entre a interpretação teleológica clássica e o princípio da legalidade estrita. A finalidade da lei, mediante um raciocínio lógico-dedutivo, pode-nos oferecer um mecanismo de previsão de uma conduta além do explicitado no texto. Tendo em vista que a restrição da liberdade, mediante a proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é a regra), a única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade da *Constituição Federal*, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma, apesar de o fato ser moralmente reprovável. Em outras palavras: toda norma penal que restringe a liberdade do cidadão há de ser interpretada restritivamente e em consonância com os princípios constitucionais, não se podendo, nessas situações, sustentar, constitucionalmente, a possibilidade de emprego de analogia ou de interpretação analógica.

Esse deve ser considerado o método hermenêutico da ciência penal, e, assim sendo, também a isso deve estar atento o hermeneuta da execução da pena, principalmente quando se depara com *normas processuais materiais*. Contudo, uma rápida incursão fática na execução penal brasileira (mais especificamente na do Rio Grande do Sul) nos revela que toda essa sistemática está longe

(36) *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 37.

de ser observada de um modo geral. Vejamos alguns casos para uma demonstração do afirmado.

Na Comarca de Bagé, o apenado C.A.M.O. (Processo 20216), foi enquadrado em falta grave (*sic*)³⁷ por ter-se colocado em isolamento voluntário em protesto contra a morosidade da Justiça. Posteriormente, em razão de seu pedido de progressão de regime, foi ele avaliado pelos técnicos da CTC e da EOC; os primeiros não entraram em consenso quanto à existência de condições favoráveis à progressão, enquanto a EOC contra-indicou o regime semi-aberto. A autoridade judicial de Rio Grande (o apenado havia sido removido) indeferiu a progressão, arvorando-se no parecer desfavorável dos peritos. Em sua decisão, afirmou: "Não é prudente possibilitar a indivíduo com semelhante natureza o precoce convívio com a sociedade quando se tem por certa a repetição da conduta delituosa (f.)".

Esse caso é bastante elucidativo para demonstrar dois vícios hermenêuticos que freqüentemente se verificam durante a execução da pena. O primeiro deles decorre do esquecimento do princípio do *favor rei* (*in dubio pro reo*) em sede de

(37) O art. 49 da LEP estipula que as faltas disciplinares podem ser leves, médias ou graves, recaindo sobre a legislação local a tarefa de especificar as faltas leves e médias. Já o art. 50 arrola, expressamente, os casos de falta grave. Parece despidendo qualquer esforço hermenêutico para chegar-se à conclusão de que a Lei de Execuções Penais, no que tange às faltas disciplinares, conferiu aos Estados a possibilidade de determinação somente das faltas leves e médias, e não também as graves. Isso, contudo, não vem sendo observado, ao menos no Rio Grande do Sul. O art. 12 do Regimento Disciplinar Penitenciário do RS, publicado no DOE 01.04.1998, estabelece outras situações de faltas graves, não previstas no art. 50 da LEP: "Art. 12. As faltas de natureza grave previstas nos arts. 50, 51 e 52 da Lei 7.210, de 11.06.1984, podem caracterizar-se através da prática de atos tais como: I – cometer atos constitutivos de crime doloso; II – incitar ou participar de qualquer movimento para subverter a ordem ou a disciplina; III – fugir ou tentar fugir, mediante abuso de direito, favor, violência ou grave ameaça; IV – agredir ou tentar agredir funcionário, visitante ou companheiro; V – fabricar ou possuir indevidamente instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; VI – desobedecer à Autoridade e seus agentes ou desrespeitá-los; VII – desrespeitar qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; VIII – inexecutar as ordens recebidas; IX – provocar, deliberadamente, acidente de trabalho; X – propagar, intencionalmente, doença infecto-contagiosa; XI – adquirir, fabricar, portar, usar ou fornecer qualquer substância entorpecente que possa causar dependência física ou psíquica; XII – atentar contra a integridade sexual de outrem; XIII – danificar, propositadamente, objetos ou instalações do estabelecimento ou de outrem; XIV – falsificar, alterar ou fazer uso indevido de qualquer documento ou identificação fornecido pela Administração; XV – recusar-se a executar, ou executar mal, sem justa razão, o trabalho que lhe for determinado; XVI – explorar companheiro sob qualquer pretexto ou forma, mediante constrangimento ilegal; XVII – atribuir falsamente a servidor ou a companheiro a prática de ato tido como crime ou contravenção". Diante disso, devem ser reputados inconstitucionais todos os casos arrolados que não tenham previsão no art. 50 da LEP.

execução penal. Se o fundamento da decisão judicial é o laudo dos peritos, e se os peritos da primeira equipe não entraram em consenso quanto à recomendação da progressão de regime, não pode a autoridade judicial, sob pena de ofensa ao *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, restringir a liberdade do preso baseando-se, somente, no laudo que corrobora a não-progressão.

O segundo vício apresenta-se na confusão argumentativa entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, ou seja, em tomar-se como verdadeira uma situação que, somente para o intérprete, é normativamente aceitável. Note-se que a decisão judicial baseou-se no laudo dos peritos para firmar como “certa” a repetição da conduta delituosa, quando, no máximo, poderia afirmar uma probabilidade para tanto. Trata-se de verdadeira confusão entre *ser* e *dever ser* (ou seja, emitir parecer descritivo baseado em premissas prescritivas), discurso esse idealista próprio do método jusnaturalista clássico. E mais: mesmo que se afirmasse apenas a “probabilidade” de o apenado tornar a delinquir, não pode uma suposição tal, indemonstrável concretamente, restringir a liberdade de alguém, visto que, do contrário, estaríamos utilizando fundamentos *morais* para a privação da liberdade individual.³⁸ Ora, segundo o princípio da culpabilidade, somente pode ser objeto

(38) Esse mesmo vício metodológico pôde ser observado no Processo de Execução 12.580, originário da Comarca de Torres. O apenado J.B.T., que estava no gozo de saídas temporárias, postulou o direito de passar o Natal e o Ano-Novo com seus familiares. Acerca desse pedido, assim se manifestou o Ministério Público: “Senhora Juíza: Trata-se de pedido de saída temporária formulada pelo peticitado apenado, para o dia 30.12.2000, constando que o mesmo possui conduta carcerária compatível com a benesse em questão. Sem embargo de que o condenado já obteve autorizações para saídas anteriores, sem registrar nada em seu desabono, entende o Ministério Público não deva ser deferida a saída no dia requerido, pelas razões que adiante seguem expostas: A previsão de saída temporária, conforme preceitua a Lei de Execução Penal, em seu art. 122 e incisos, tem como escopo fundamental a efetiva ressocialização do encarcerado. Permitir-se que este saia do estabelecimento penal, para o convívio social, em meio a festejos como *réveillon* e carnaval, em nada contribuirá para consecução do objetivo colimado com a execução penal. Encontramo-nos em Torres, cosmopolita cidade litorânea para onde aportam milhares de turistas, em que os festejos de *réveillon* assumem notoriedade, sendo veículo de atração turística. Ora, em meio à alteração gerada por tão relevante fato social, não se mostraria de bom alvitre liberar encarcerados, possibilitando prejuízos à execução penal e à sociedade. Nesse ponto, cabe lembrar que o Estado tem responsabilidade civil objetiva, sim, caso ocorra qualquer incidente que propicie danos à coletividade ou ao cidadão que aqui se encontra. Com isso, não se quer lançar anátema contra os encarcerados, nem alijá-los de eventuais direitos, mas protegê-los, bem como à sociedade. Por isso, entende este órgão que as festas natalinas são mais propícias a ensejar o gradativo convívio social, como refere a LEP. Nessa data, o encontro com a família é bem-vindo, o aconchego, a confraternização, a solidariedade, o amor (por que não?) transcendem. Assim, melhor para todos que os requerentes obtenham saída no Natal. No *réveillon*, como no Carnaval, o consumo de bebidas alcoólicas é abundante, existe uma verdadeira malta hedonística, as pessoas têm tendências à liberação de seus instintos, preponderando o

de intervenção penal a prática de fatos, e não também *estados* ou *personalidades*. Aliás, por essa razão é que o Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul vem-se manifestando pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 83 do CP.

Ainda nesse mesmo processo de execução, os peritos haviam atestado trans-torno de personalidade anti-social do apenado. Nesse sentido, uma psicóloga e uma assistente social de Santana do Livramento afirmaram textualmente, para fundamentar parecer contrário à progressão de regime, que o apenado “precisa amadurecer mais com o sofrimento prisional”. Note-se que este argumento ba-seia-se em fundamentação *retribucionista* da pena, que, além de não se poder sustentar validamente perante a nossa Constituição (haja vista o *princípio da humanidade das penas*), não possui qualquer relação epistemológica com o objeto da perícia.

Noutro processo de execução (Processo de Execução Criminal 1344-023/97, da Comarca de Rosário do Sul), denegou-se progressão de regime ao apenado A.V.A.S., porque o atestado de conduta carcerária classificava o comportamento do preso como “regular”. Ora, se um comportamento regular não é, por um lado, uma “conduta boa”, também não se pode afirmar que seja “ruim”. Uma conduta “regular” é uma conduta que se adequa ao padrão carcerário, não ficando nem além, nem aquém da média. Tolher a liberdade do apenado com esse fundamento implica em obrigar todos os encarcerados a superarem padrões de normalidade num ambiente que, notoriamente, não é propício para isso. Essa argumentação, em suma, atenta contra o *nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae*, em razão da ofensa ao princípio da *culpabilidade*.

Ainda em sede de execução penal, é comum depararmos-nos com pedidos de comutação de pena (por exemplo, com base no Dec. 3.667/2000) em que o juiz, antes de decidir a respeito, determina a avaliação do apenado pela Equipe de

id. Isso é inegável. Ora, os apenados por acaso não têm problemas comportamentais? Os apenados não são pessoas visivelmente desequilibradas, numa acepção emocional? Seria benéfico ou arriscado conceder-se a possibilidade de os mesmos convivem com a imensa turba que para cá converge? As respostas vêm da obviedade. Portanto, a posição adotada pelo Ministério Público tem muito de defesa social. Isso posto, o Ministério Público manifesta-se pelo indeferimento da saída temporária postulada, ao mesmo tempo em que indica que o ensejo das festas natalinas são propícios ao gozo de dita benesse”. A autoridade judicial, contudo, não acolheu o parecer, deferindo o pedido.

Esse parecer ministerial foi exarado em outros processos, cujo pedido era idêntico (por exemplo, Processo 14.367, apenado P.S.M.), ou seja, partiu o ilustre representante do Ministério Público da presunção de que, na “cosmopolita cidade de Torres” (*sic*), todos os presos que obtivessem saída temporária durante o *réveillon* iriam acabar embriagando-se e tomando a delinquir. Quanto a aspectos hermenêuticos, apenas temos a dizer que tais juízos morais (ou melhor, *imorais*) não se podem prestar à restrição da liberdade do cidadão, sob pena de retornarmos à metodologia jurídica vigorante no *modelo inquisitorial*.

Observação Criminológica (EOC). O Dec. 3.667/2000, contudo, apenas refere como requisitos para a comutação de pena: a) o não-cabimento de indulto; b) o cumprimento de lapso temporal mínimo; c) o não-cometimento de falta grave nos últimos 12 meses; e d) não estar sendo processado por crimes praticados com violência ou grave ameaça ou não ter sido condenado pelos delitos previstos no art. 10 do Decreto Presidencial. Portanto, os requisitos da comutação de pena são objetivos, não se justificando a submissão do apenado à avaliação pericial se o decreto não exige, para o deferimento do pedido, a avaliação de uma possível “reincidência” futura do preso. A autoridade judicial, que dessa forma atua, está, na verdade, praticando verdadeira *analogia in malam partem* com o art. 112, par. ún., da LEP, que exige o laudo somente para a progressão de regime.

Outro aspecto interessante da comutação de pena é que o Dec. 3.667/2000, em seu art. 3.º, II, veda a concessão desse direito (e também do indulto) para aquele que esteja sendo *processado* por outro crime praticado com violência ou grave ameaça. Ora, se a Constituição Federal enumera expressamente, no art. 5.º, o princípio da presunção de inocência, não pode um decreto presidencial restringir a liberdade de um preso com base num requisito que, flagrantemente, atropela aquela garantia constitucional.

Na Comarca de Pelotas (Processo de Execução Criminal 40081481), o apenado I.R.R. estava cumprindo pena pela prática de delitos de furto em continuidade delitiva e de roubo (pena total: 11 anos). Obteve progressão para o regime semi-aberto, com reconhecimento, inclusive, de remição de 87 dias da pena. Dias após, o apenado não retornou para o pernoite, permanecendo foragido por mais de dois meses. Com a captura, restou punido disciplinarmente e seu regime foi regredido para o fechado, e a autoridade judicial, ainda como consequência da fuga, determinou a revogação de todas as remições já deferidas.

Insta destacar, primeiramente, que o deferimento de remições já havia transitado em julgado, não podendo um juiz, pois, revogar a sua própria decisão. É bem verdade que o art. 127 da LEP determina que “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Contudo, se interpretarmos tal dispositivo frente à Constituição Federal, chegaremos à notória conclusão de sua inconstitucionalidade, já que ofende as garantias do direito adquirido e da coisa julgada. Com efeito, o próprio art. 126 da LEP, ao determinar que “A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho” (§ 1.º), assevera, após, que “A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público” (§ 3.º), ou seja, a decisão judicial apenas declara uma relação jurídica já constituída na forma do § 1.º. Assim, se a própria lei assegura ao preso a remição de um dia da pena para cada três dias laborados, deve-se concluir que o direito à remição é adquirido de três em três dias, situação essa que será, apenas, reconhecida (declarada, e não constituída) em decisão judicial. Assim, revela-se inconstitucional não só a revogação da remição já deferida (até mesmo porque, aqui, teríamos também uma ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição), como, ademais, o reconhecimento da perda dos dias remidos

e ainda não declarados em juízo. Idiossincrasia adversa resultará na própria negação do princípio constitucional do direito adquirido.

No mesmo processo, anteriormente, o apenado havia sido submetido a exame, pela EOC, para fins de progressão de regime. No laudo, os peritos relataram que o apenado “é o primogênito de uma prole de quatro filhos. Refere que sua infância foi marcada pela miséria. Teve ocasiões em que apenas os dois irmãos menores comiam porque não havia alimento suficiente para toda a família. Seu pai, já falecido, era alcoolista, e perdeu a visão quando servia no exército. I.R.R. [o apenado] estudou até a 7.^a série do primeiro grau. No presídio concluiu o primeiro grau no curso supletivo. Está se preparando para prestar exames do curso supletivo de segundo grau. É solteiro. Corresponde-se com uma jovem, que é enfermeira num hospital, e no momento mantém relacionamento com a mesma. I.R.R. refere que iniciou sua vida laborativa aos 12 anos de idade, num ferrovilho próximo de sua casa. Nesse local, segundo seu relato, aprendeu a roubar carros e motos, e vislumbrou a facilidade de ganhar dinheiro. Admite os delitos praticados e discorre sobre os mesmos narrando detalhes. Em 1984 seu irmão foi atropelado e faleceu. Aos 14 anos de idade I.R.R. começou a praticar furtos com a conivência de seu patrão e policiais civis, segundo ele. Sua conduta carcerária é considerada satisfatória. Faz parte do ‘grupo da marcenaria’, confeccionando objetos de madeira, e também participa de um grupo operativo. Aspectos sociais: O aprisionamento foi importante para o periciado porque impôs limite aos seus impulsos. No ambiente prisional tem procurado crescer profissionalmente e evoluir nos estudos. Porém, é necessário um tempo maior de contenção para que amadureça a percepção de si próprio e do mundo social (f.)”.

O laudo, em suma, está afirmando que o apenado possuía conduta carcerária satisfatória, estava trabalhando, arrepentia-se de seus atos delituosos, estava com seus impulsos controlados em virtude do cárcere, vinha procurando crescer profissionalmente e evoluir nos estudos, mas, inobstante todas essas condições, necessitava permanecer preso para que pudesse amadurecer “a percepção de si próprio e do mundo social”. A incongruência do diagnóstico é evidente: a fundamentação e a conclusão estão com discursos argumentativos completamente opostos. Da maneira como o laudo foi fundamentado, temos a impressão de que o perito já havia concluído pela não-progressão do apenado antes mesmo da entrevista. O discurso está impregnado de um substancialismo ético ideologicamente contraditório, cuja atividade hermenêutica sequer preocupou-se em selecionar os *topoi* necessários para a aceitabilidade da conclusão.

Situação semelhante foi verificada na Comarca de Dom Pedrito (Processo de Execução Criminal 568/108). O apenado P.J.R.V. postulou progressão de regime, caso em que foi submetido a exame pela EOC. No laudo, concluíram os peritos: “Através da presente avaliação constata-se ser o periciado uma pessoa psiquicamente imatura, e a impulsividade é uma consequência dessa imaturidade, e em função disso e da sua história pregressa consideramos que o controle externo exercido pelo sistema prisional ainda é fundamental para o seu processo de ressocialização, e o mais adequado no atual momento é o benefício do trabalho

externo”. Ou seja, não pode ele progredir para o regime semi-aberto, mas pode obter trabalho externo (!).³⁹ E pior: algum tempo após, o mesmo apenado solicitou livramento condicional, sendo avaliado novamente pela EOC. Os peritos mantiveram o mesmo relatório do laudo anterior, até mesmo porque o apenado vinha satisfazendo corretamente todas as exigências da execução da pena. Sendo os dados idênticos, contudo, afirmaram os peritos que “o periciado demonstra amadurecimento pessoal e consegue elaborar planos suficientes com sua realidade. Somos, portanto, favoráveis ao benefício”. Ou seja: os mesmo argumentos, antes, serviram de base à conclusão de que o apenado era imaturo e impulsivo; agora, prestaram-se para a conclusão de que já teria demonstrado um “amadurecimento pessoal”.

Já na cidade de Sobradinho (Processo de Execução Criminal 669-221/90), tivemos notícia de que o apenado A.G.J. estava cumprindo pena em razão da prática de diversos delitos contra o patrimônio. Durante a execução da pena, não havia cometido nenhuma transgressão do regime, além do que obteve diversas saídas temporárias para tratamento de sua saúde e de sua esposa, apesar de o regime ser o fechado. Solicitou progressão, caso em que os peritos da CTC, numa primeira avaliação, afirmaram que “o examinando assume os delitos praticados, justificando seu envolvimento nestes através de influência de fatores externos, descaracterizando a gravidade de sua reincidência criminal. Diante disso seu juízo crítico está prejudicado como também a manifestação de sentimentos reparatórios”. Essa fundamentação, muito comum na execução da pena, não pode ser tolerada como motivo para a restrição da liberdade de um preso. Ocorre que, como afirmamos antes, não é a personalidade do preso que está *sub judice*, mas sim os fatos por ele praticados. Assim sendo, a ausência de arrependimento não lhe pode tolher a liberdade, visto que o *princípio da culpabilidade* impede que alguém seja punido por aquilo que essa pessoa “é”, e sim, somente, pelo que “fez”.

No mesmo processo, sete meses após esse exame, fora o mesmo apenado submetido a nova apreciação pela CTC, que, nesse segundo laudo, consignou: “assume seus delitos realizando uma crítica coerente de sua situação. Atualmente vem cumprindo adequadamente suas obrigações e deveres no meio carcerário, usufruindo satisfatoriamente de seu benefício de trabalho externo. Seu vínculo emocional com a esposa permanece e de maneira estruturada, o que parece estar

(39) Caso semelhante a esse ocorreu na Comarca de Santa Cruz do Sul, com o apenado P.F. (Código 31798). O apenado, submetido a exame pela Equipe de Observação Criminológica para fins de apreciação de seu pedido de livramento condicional, contou com a seguinte conclusão dos peritos: “Concluimos que P.F. apresenta, no momento, condições pessoais que *indicam* ser beneficiado com o livramento condicional, condicionado à frequência ao Grupo de Auto-Ajuda. Por economia processual, a EOC conclui que *não apresenta* condições pessoais de ser beneficiado com a progressão de regime e trabalho externo” (f.). Como é possível alguém opinar favoravelmente pelo livramento condicional e não também à progressão de regime? Detalhe: o pedido foi indeferido pela autoridade judicial.

sendo positivo para a recuperação do examinando. Porém, devido a sua situação jurídica ainda indefinida, acreditamos que o examinando ainda deva permanecer em seu regime atual, porém continue com o benefício do serviço externo, pois não vem apresentando problemas neste". Essa "situação jurídica indefinida" devia-se à pendência de um processo penal instaurado contra o apenado, ou seja, os peritos, além de não perceberem que tal avaliação jurídica não diz respeito às suas funções, sequer tomaram conhecimento do *princípio constitucional da presunção de inocência*. Já o representante do MP manifestou-se, quanto ao pedido, nos seguintes termos: "MMa. Juíza. Diante do parecer da CTC, o Ministério Público requer seja o apenado mantido no atual regime carcerário". Por fim, o Juiz decidiu pelo indeferimento da progressão, nos seguintes termos: "O regime de cumprimento de pena continuará o mesmo, haja vista os pareceres de f."

Esta situação revela, na verdade, um dos mais graves vícios da execução penal: a *síndrome da abstinência hermenêutica*. É muito freqüente, nas execuções penais, que se profira decisão desfavorável a um direito do apenado com base num laudo completamente incongruente. Assim, argumentos como "nos termos do laudo de f., opino pelo indeferimento do pedido", ou "com base no laudo de f., indefiro o pedido",⁴⁰ são comuns em sede de execução da pena, fazendo com que a carga decisória de todas as pretensões do apenado acabe recaindo, em suma, nas mãos dos peritos. Como uma decisão ou um parecer, para contrariar um laudo pericial, terá de ser fundamentada, acaba-se, por pre-

(40) Nos Processos de Execução Criminal 296/57/98 e 318/79/98, oriundos da Comarca de São Gabriel, tivemos oportunidade de vislumbrar uma decisão judicial que foi ainda mais longe. Com efeito, ao manifestar-se acerca do pedido de livramento condicional do apenado, concluiu a autoridade judicial, à vista do laudo da EOC que contra-indicava o livramento condicional: "Indefiro o pedido de livramento condicional do apenado F.A.S.R., embora já tenha cumprido mais da metade de sua pena e tenha conduta satisfatória, embasado no parecer do E.O.C. - que é a equipe especializada para apreciação da benesse" (f.). Afora o infeliz tratamento do livramento condicional como uma "benesse" (e não como um direito público subjetivo), merece repúdio tal decisão judicial pelo simples fato de estar dando a entender, ao final da conclusão, que é a Equipe de Observação Criminológica quem, por ser especializada, deve decidir o livramento condicional. Tal argumentação é ofensiva ao *princípio constitucional da jurisdicionalidade*, segundo o qual não se excluirá da apreciação do Judiciário qualquer ofensa a direito. A EOC emite parecer; quem decide é o juiz; este, por sua vez, tem a obrigação de analisar o parecer e verificar se a fundamentação está suficientemente coerente com o ordenamento constitucional-penal; após, irá fundamentar a sua decisão, mas não com os freqüentes argumentos do tipo "acolho o laudo por seus próprios fundamentos", e sim com a adequação do discurso pericial (que possui métodos diversos dos conferidos ao Direito Penal) ao sistema constitucional. Isso é o mínimo que se pode esperar do Poder Judiciário. E mais: na decisão, parece no mínimo estranho que o apenado já tenha cumprido mais de metade da pena, tenha comportamento carcerário satisfatório e, contudo, não possa obter o livramento condicional.

guiça ou comodismo, corroborando-se um argumento que, muitas vezes, sequer foi lido.

Isso ficou patente em outro processo de execução⁴¹ em que o perito, ao que tudo indica, fez uma “colagem de texto” para a formulação do laudo, só que esqueceu de alterar a conclusão. Assim, a fundamentação do laudo era toda no sentido do mérito do apenado, mas a conclusão final era no sentido da contra-indicação do “benefício”. Em juízo, foi indeferida a pretensão do apenado, revelando, pois, que, em alguns casos, tem-se o hábito de apenas ler a conclusão do laudo.

Trata-se de uma espécie de difusão da responsabilidade para manter alguém recluso. Em alguns casos, o juiz indefere o pedido sem fundamentar; o Ministério Público emite parecer sem fundamentar; e o perito, muitas vezes, emite uma parecer sentimentalista e sem a menor preocupação sistemática. Agrava-se ainda mais essa situação a partir do momento em que, na maioria dos processos de execução no Rio Grande do Sul, o apenado não está representado por advogado. Os juízes não têm por hábito nomearem defensores dativos para o preso, ficando este à mercê de uma defesa efetiva durante o processo. Aliás, a maioria dos pedidos de progressão, remição, indulto, livramento condicional etc. são feitos ou pelo próprio preso (numa carta escrita à mão ou, até mesmo, como tive oportunidade de ver, com escritos em papel higiênico), ou pelo diretor do estabelecimento penal. É lamentável que o processo de execução penal, ao menos no plano fático, seja visto, em nosso Estado, como um processo administrativo, em que o “processado” não obrigatoriamente necessita de estar representado por um advogado. E mais: mesmo se fosse correto entendê-lo como um processo administrativo, ainda assim muitos processos de execução criminal seriam nulos, visto que os presos não são notificados do conteúdo dos laudos da EOC e da CTC para se manifestarem antes da decisão. Como é sabido, a ampla defesa e o contraditório existem também em processos administrativos, segundo a nossa Constituição.

Todos esses exemplos, que poderiam ser tranqüilamente multiplicados, não fossem os limites do presente trabalho, revelam que a atividade hermenêutica na execução penal, freqüentemente, apresenta-se viciada metodologicamente pela confusão entre *direito e moral*, ou seja, pela submissão do *ser* pelo *dever ser*, assim como ocorria em muitos discursos jusnaturalistas de influência teológica. Tudo isso decorre, por certo, da influência da *criminologia da defesa social*, que prescreve a defesa da sociedade mesmo que em detrimento de garantias individuais fundamentais. Pior: tal fundamentação é desenvolvida sem o menor constrangimento, como se fosse possível ao intérprete, legitimamente, inobservar as garantias arroladas no art. 5.º da CRFB/88 a fim de atingir valores sociais que somente no plano axiomático aproximam-se dos direitos arrolados no art. 7.º da Constituição. Em outras palavras: a *criminologia da defesa social* é inconstitucional perante o regime Democrático de Direito brasileiro. Este sistema político

⁽⁴¹⁾ Peço ao leitor que tome esse exemplo como ficção, já que não localizei a comarca e o número do processo para efetivar a devida remissão.

acarreta uma busca obrigatória, pelo Estado (e os “operadores das normas de execução penal” integram este Estado), do equilíbrio entre o respeito dos direitos individuais e pelo asseguramento dos direitos sociais. Conseqüentemente, o Direito Penal brasileiro só encontra amparo constitucional se desenvolvido a partir do binômio *direito penal mínimo x direito social máximo*, pois outra não é a conclusão que se extrai da sistemática dos arts. 5.º e 7.º da Constituição. E mais: um direito individual concreto não pode sucumbir perante um direito social (segurança pública) provável; somente um direito social concreto (ou seja, não baseado em juízos de probabilidade) poderia, em algumas situações, sobrepor-se a uma garantia individual, caso em que teríamos de convocar o *princípio da proporcionalidade* para solucionar o conflito principiológico.

O que se percebe, com base nesses exemplos, é que a atividade hermenêutica na execução penal, a fim de atingir essa (inconstitucional) defesa social, acaba interpretando uma norma infraconstitucional sem levar em consideração, ao mesmo tempo, a Constituição Federal. É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegitimidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. Nesse contexto, é tarefa da doutrina, das universidades e de todas as instituições que com o Direito Penal convivem perceberem que, num Estado Democrático de Direito, toda lei penal encontra-se vinculada formal e substancialmente, assim como todos os Poderes também estão com as mãos atadas aos *direitos fundamentais*.

É injustificável que outros ramos do ordenamento jurídico – principalmente o Direito administrativo, o tributário e previdenciário – já venham sofrendo uma adequação constitucional formal e substancial pelos hermeneutas, ao mesmo tempo em que o Direito Penal, ao contrário, continue “viajando normativamente” numa metodologia equivocada e autoritária. É estranho que o STF, por exemplo, afirme que a proibição do porte legal de armas (instituída pela MedProv 2.045-2/2000) seja uma medida desproporcional ao combate da criminalidade (ADI n. 2.290-3) e, ao mesmo tempo, corrobore a possibilidade de o Presidente da República, com base num suposto “poder discricionário” que ninguém lhe conferiu, restringir alguns delitos da incidência da comutação e do indulto. Veja-se que, lá, a discricionariedade do Executivo está vinculada substancialmente pelo princípio da proporcionalidade, enquanto, aqui, o discurso dá a entender uma vinculação apenas formal do decreto de indulto.

Estamos vivendo, a bem da verdade, uma dicotomia hermenêutico-jurídica, em que princípios – cuja constitucionalidade já vem sendo, há muito, reconhecida para alguns ramos do ordenamento jurídico – são simplesmente ignorados em sede penal. Tal situação agrava-se ainda mais em processos de execução penal, principalmente porque neles a atrocidade e o arbítrio estatal são corroborados por um sentimento social de vingança de sangue. Se afirmarmos que um tributo é inconstitucional, a sociedade, em regra, irá aquiescer com a decisão; agora, quando afirmarmos que a vedação do indulto para o delito de roubo é inconstitucional,

essa mesma sociedade passa a sentir-se “injustiçada”, principalmente porque não entende e não quer entender as garantias constitucionais arroladas nos arts. 5.º, 6.º e 7.º da CF de 1988. E o pior é que os “operadores da execução penal”, de uma maneira geral, vêm portando essa espada justiceira da sociedade, a pretexto de defendê-la contra um sujeito que, segundo pensam, é perverso e atávico, mas que, mesmo que assim seja, integra essa mesma sociedade e, como tal, faz jus ao respeito de seus direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de todos. Isso é *democracia no sentido substancial: num regime democrático de direito, nem mesmo a vontade de toda a sociedade – e nem de juízes, promotores e advogados – pode sobrepujar os direitos fundamentais (individuais e sociais) do cidadão, seja ele desviado ou não.*

Por fim, toda essa crise hermenêutica da execução penal, além de decorrer de aspectos ideológicos autoritários da maioria dos “operadores” da execução penal, também possui uma causa associada a graves problemas de técnica legislativa. Este é o objeto do próximo item.

3.3 A polissemia legislativa como fonte de legitimação do arbítrio judicial

O princípio da *separação dos poderes*, uma vez aplicado ao Direito Penal, determina que toda norma seja *taxativa* quanto à sua abrangência, pois só assim termos uma aproximação maior do *ideal da segurança jurídica*. Pelo respeito ao *princípio da certeza do Direito*, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável e claro de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nela contidas, e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações.⁴²

A *lex certa*, portanto, é um mecanismo de limitação de abusos não só legislativos, mas também judiciais. Com efeito, uma *política criminal garantista* recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, visto que a observância de tal conselho é que irá garantir a integridade do *princípio da separação dos poderes*, afastando ao máximo as possibilidades legais de o juiz, *in concreto*, estabelecer o verdadeiro alcance da norma. Mas, por outro lado, além de funcionar como uma recomendação legiferante, possui esse desdobramento do princípio da legalidade a eficácia de fornecer ao Poder Judiciário um recurso de controle da correta observância do processo de produção das leis em qualquer Estado de Direito.⁴³ Não é à toa que Welzel afirma

(42) Cf. Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 79-80.

(43) Como bem assinalam Maurach e Zipf, “a exigência da ótima determinação das normas jurídicas cominatórias emana imediatamente do princípio do Estado de Direito, e

que “o verdadeiro perigo que ameaça o princípio do *nulla poena sine lege* não procede da analogia, mas sim das leis penais indeterminadas”,⁴⁴ até mesmo porque, nas palavras de Hassemer,⁴⁵ onde termina a linguagem começa a força.

Portanto, toda *polissemia* legislativa,⁴⁶ além de ofender o princípio da separação de poderes, acaba referendando o arbítrio hermenêutico, e isso tem ocorrido, com frequência, na execução penal brasileira, senão vejamos:

O caso mais grave onde se verifica tal vício, sem dúvida, apresenta-se no art. 50, onde constam as faltas consideradas graves pela Lei 7.210/84. No inciso I, temos a previsão de que comete falta grave o condenado que “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”. Note-se que a amplitude da expressão “subverter a ordem ou a disciplina” é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação, ser considerado falta grave. Vejamos alguns exemplos para confirmar as possibilidades de abuso que uma norma *polissêmica* pode originar: na qualidade de Conselheiro Peniten-

tem seu mais importante âmbito de aplicação no Direito Penal” (*Derecho penal*, cit., vol. I, p. 158).

(44) Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 27.

(45) Winfried Hassemer. *Crítica...*, cit., p. 13.

(46) Segundo Luiz Alberto Warat (*Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, vol. I, 1994. p. 32-33), o legislador, ao classificar os fatos que serão objeto da norma, deve suas buscar as características fundamentais que dizem respeito ao conceito que irá “rotular” esse fato. As características peculiares de um rótulo, por vezes, já se encontram valoradas pela cultura geral de uma sociedade. Os rótulos “alguém”, “mulher”, “animal”, “fogo”, “morte”, “cadáver”, “sepultura” etc. já possuem, ao menos provisoriamente, características fundamentais próprias ditadas pelo conhecimento popular. Nesse caso, o legislador, ao valer-se de tais termos, não se preocupa em elucidar-lhes o conteúdo, visto ser já preexistente na linguagem popular.

Na maioria das situações, contudo, o termo empregado pelo legislador não se encontra devidamente *pré-classificado*. Às vezes, as coisas ou objetos apresentam a propriedade dada pelo critério de definição e, no entanto, o apresentam em diferentes graus com relação a certos casos que a comunidade aceita como paradigmáticos, surgindo, pois, a dúvida se o rótulo é ou não aplicável. Em outras situações, a palavra não comporta uma genérica definição das características consideradas relevantes para a sua caracterização, fazendo delas um variável nas mãos de quem a utiliza. No primeiro caso, estamos diante da *vagueza* de um termo; no segundo, da *polissemia*. Na *vagueza*, o termo não está determinado, mas é determinável *genericamente* mediante uma definição explicativa, ou seja, através da reunião de características tidas como fundamentais pelo intérprete, que, naquele ou em outros casos, poderão servir para (re)definir-lo. Já na *polissemia*, o termo também não está determinado, mas é determinável só *especificamente*, mediante uma definição persuasiva, ou seja, por meio da classificação de propriedades consideradas fundamentais *pelo intérprete para aquele caso*. Em outras palavras: uma expressão *vaga* pode ser determinada por características *conotativas*, enquanto uma expressão *polissêmica*, só por características *denotativas*.

ciário, tive notícia de casos em que apenados foram enquadrados nessa falta grave (e, conseqüentemente, foram postos em isolamento celular, além do que não puderam, durante 12 meses, receber “benefícios” como comutação, indulto, livramento condicional etc.) porque se colocaram em greve de fome em protesto contra o não-deferimento de sua remoção (Processo de Execução Criminal 21392700361, Passo Fundo/RS, atualmente em Soledade/RS, Processo de Execução Criminal 1.310-062) ou contra a morosidade da Justiça (Processo de Execução Criminal 03484698, Comarca de Bagé/RS). Noutra situação, um preso foi punido porque se recusou a cortar os cabelos, caso em que foi obrigado a tanto por decisão judicial (Presídio Estadual de Getúlio Vargas/RS, Sindicância 002/96). Já na comarca de Espumoso/RS (Processo de Execução 3.308) um apenado restou punido disciplinarmente por ter se apresentado no Presídio com sinais de embriaguez.

Primeiramente, deve-se destacar que, numa greve de fome ou num isolamento celular voluntário, o único lesado possível é o próprio condenado. Se, durante o período em que se colocar voluntariamente nessas situações, não vier ele a causar qualquer ofensa concreta a terceiros, não se pode afirmar que tal conduta seja, por si só, falta grave. Isso quer dizer, em outras palavras, que o preso tem o direito de não se alimentar e de não sair da cela, ainda que tal se dê como forma de protesto, e ainda que sua irresignação não seja procedente (situação essa difícil de se conceber, dada a situação caótica, em geral, dos estabelecimentos penais brasileiros).

Da mesma forma, não se pode obrigar ninguém a cortar os cabelos, ainda que a pretexto de evitar o ingresso de objetos ou drogas no interior do estabelecimento prisional. Se isso fosse correto, como faríamos com os presídios femininos? Poderíamos obrigar todas as mulheres a cortar os cabelos? E mais: o ser humano possui outras cavidades corpóreas por onde se podem introduzir objetos e armas. Admitindo-se como correta tal argumentação, poderíamos afirmar legítima, por exemplo, a sutura feita no ânus de um preso, como ocorrera em alguns estabelecimentos penais à época da Santa Inquisição? O que se pretende afirmar, em suma, é que o preso tem o direito de não cortar os cabelos, se assim desejar, ainda que a sua higiene pessoal, nessas condições, não seja das melhores. Havendo risco para os demais presos, deve o Estado, em vez de obrigá-lo à depilação capilar, fornecê-lo condições de tratar-se voluntariamente de eventuais doenças.

Pelas mesmas razões, não pode a embriaguez, por si só, ser considerada falta grave, sob pena de ofensa ao *princípio da lesividade*. Se o apenado não desrespeita nenhum ditame da execução – por exemplo, se se apresenta no horário determinado para o recolhimento noturno, no regime semi-aberto –, parece um contrasenso puni-lo por ter se apresentado, no horário, com sintomas da embriaguez. Ademais, se o Estado não proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no meio social, não pode esse mesmo Estado, agora, reprimir a conduta daquele que ingere tal substância. Aplicar-se uma falta grave para esse caso, em suma, é o mesmo que punir a personalidade de alguém, pretender converter-se moralmente o apenado (*culpabilidade de caráter*), situação essa inconcebível frente ao moderno princí-

pio da culpabilidade penal (Direito Penal do Fato). E mais: quando o apenado é reconhecido alcoólatra (situação essa bastante freqüente durante a execução da pena), não lhe pode ser imputada imediatamente a infração administrativa sem que, antes, determine-se o grau da dependência. Isso porque a nossa lei penal reconhece que o alcoolismo – conforme o grau – é uma doença mental, sendo causa de *inimputabilidade* (art. 26, *caput*). Ora, seria um contra-senso que alguém pudesse vir a ser absolvido pela prática de um delito decorrente do alcoolismo e, ao mesmo tempo, possa ser condenado por uma infração administrativa oriunda da dependência.

Os riscos de uma norma indeterminada refletiram-se noutro caso, oriundo da Comarca de Pelotas (Processo de Execução Criminal 4529301). O apenado V.R.L.M. foi flagrado com US\$ 382,00 dentro do presídio, sendo que cumpria, há mais de 15 anos, pena em regime fechado. Em razão da apreensão, o diretor do estabelecimento penal determinou a ele o isolamento celular do apenado por dez dias. O apenado informou que a soma em dinheiro foi obtida com a economia de mais de três anos de auxílio-reclusão, e que guardava consigo o dinheiro porque sua esposa morava sozinha, numa casa de madeira, sendo assim mais seguro o porte pessoal dentro do presídio. Além disso, apresentou recibos da aquisição dos dólares perante uma agência de turismo daquela cidade. O processo, em razão disso, foi arquivado, após, contudo, o seu isolamento celular.

Neste exemplo, além de revelar-se que a amplitude do art. 50 da LEP acaba autorizando punição por falta grave para fatos que sequer implicitamente estão nele contidos, também se nota que, na execução penal, a sanção disciplinar é aplicada antes mesmo de concluído o processo administrativo, revelando-se uma clara ofensa ao *princípio da presunção de inocência*. No caso mencionado, o apenado foi absolvido da falta (pois provou a origem lícita dos dólares), mas isso só se verificou após a determinação do isolamento celular.

Talvez o leitor esteja se perguntando o porquê de tanta preocupação em considerar-se uma falta como grave ou leve. Não se deve esquecer que, além da punição disciplinar aplicada (geralmente, isolamento celular “sem sol”, apesar de a LEP, em seu 45, § 2.º, vedar o emprego de “cela escura”), a homologação de uma falta grave possui inúmeros outros efeitos (o que poderia ser questionado à luz do princípio do *non bis in idem*): impede, segundo vem-se entendendo, a concessão de livramento condicional nos 12 meses subsequentes; impede a progressão de regime; acarreta a perda dos dias remidos (*sic*) etc.

Não é à toa que são pouquíssimos os casos de faltas disciplinares consideradas leves ou médias: isso se deve ao fato de que, da maneira como está construído o art. 50 da LEP, pode-se retoricamente considerar qualquer desvio de conduta como sendo uma falta grave.

Com base nesses exemplos, podemos notar que a nossa Lei de Execuções Penais, principalmente nos aspectos apontados, está estabelecida num modelo penal de legalidade atenuada, em que a elasticidade e a indeterminação das faltas disciplinares fazem com que o sistema de definição da desviação fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento *quia peccatum*, e não *quia*

prohibitum. No plano legislativo, isso importa reconhecer que o objeto do tratamento penal não seja tanto a infração formalmente prevista em lei, mas sim a desviação em si mesma imoral ou anti-social, e isso faz com que o papel da lei, como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados, acabe por desvalorizar-se.

As consequências desse *substancialismo ético* adotado pelo nosso legislador não se esgotam no esvaziamento somente do *princípio da legalidade*, mas, também, do *princípio da jurisdicionalidade*. Com efeito, se o objeto da proibição deixa de ser um fato (formalismo), passando a ser um *valor* (substancialismo), também o processo penal não terá por objeto a apuração de um dado empírico (cognoscitivismo processual), mas sim de um *estado* (decisionismo processual). Como bem destaca Ferrajoli,⁴⁷ à atenuação ou dissolução do princípio da legalidade se une a mitigação da estrita jurisdicionalidade, ou seja, uma acentuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de etiquetamento e de inquisição do juiz, que vem a se apresentar, segundo a ocasião, como inquisidor, psicanalista ou terapeuta social, e, em todos os casos, desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E isso faz com que o juízo penal degenerem em “juízo sem verdade”, isto é, numa fundamentação não baseada em juízos de fato, verificáveis ou refutáveis, mas sim em juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis em razão de sua natureza não comportar juízos de verdadeiro ou falso.

4. Considerações finais

O Direito Penal brasileiro atravessa uma dupla crise de legitimidade. Em primeiro lugar, uma crise de *inadequação política*, visto que se desenvolve a partir de um princípio da legalidade próprio do vetusto Estado de Direito, ao mesmo tempo em que o regime político-constitucional brasileiro, atualmente, é o Democrático de Direito. Mas, além disso, também deparamo-nos com uma crise de *eficácia do princípio da legalidade*, na medida em que os operadores do Direito Penal brasileiro, de uma maneira geral, sequer vêm atribuindo à garantia da *reserva de lei*, mesmo nos contornos já conhecidos do Estado de Direito, a eficácia invalidante do princípio sempre que uma norma penal o contrarie. Portanto, vivemos num contexto em que o regime político atual nos abriga a uma ampliação do princípio da legalidade, ao mesmo tempo que a comunidade jurídico-penal sequer aprendeu a lidar com tal princípio em seu conteúdo clássico. Com o advento do Estado Democrático de Direito, somos obrigados a vincular toda a atividade estatal, em matéria penal, em termos formais e substanciais.

No presente estudo, focalizei essa dupla crise de legalidade para a execução penal brasileira. Para fundamentar essa orientação, tive de, preliminarmente, sustentar que as normas de execução penal, em que pese a sua aparente eficácia de meras normas procedimentais, possuem natureza material sempre que o conteú-

(47) *Derecho y razón*, cit., p. 42-43.

do da norma, direta ou indiretamente, detenha a potencialidade de restringir ou ampliar a liberdade do cidadão. Com efeito, se o princípio da legalidade é uma garantia individual contra o arbítrio estatal, somos obrigados a entender que tal garantia – e seus desdobramentos – aplica-se não só às normas penais *stricto sensu* como, também, às normas processuais que detenham essa característica (normas processuais *materiais*). No contexto da execução penal, sempre que uma norma detiver tal capacidade, deverá sujeitar-se, formal e substancialmente, aos ditames do princípio da legalidade.

A realidade legiferante e judicante da nossa execução penal, contudo, revela que pouco tem sido feito para a apreciação da constitucionalidade das normas de execução. Em boa medida, a execução penal brasileira, ao menos no Rio Grande do Sul, está impregnada por um vício ideológico que domina a hermenêutica dos processos. O *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* determina, à autoridade judicial, que interprete sempre restritivamente toda lei que detenha a possibilidade de restringir a liberdade do cidadão. Conseqüentemente, estão banidas do Direito Penal as possibilidades de interpretação extensiva e analogia (que, no fundo, são a mesma coisa) *in malam partem*. Se isso é verdade, como tolerar que comutações e indultos sejam negados com base em laudos técnicos das EOCs, quando os decretos presidenciais, via de regra, não arrolam a avaliação psicológica como exigência para esses direitos? Por que os decretos de indulto não são apreciados à luz dos princípios da igualdade, da proporcionalidade etc.? Como suportar inerte essa *síndrome da abstinência hermenêutica* que reina na execução da pena? Por que, na maioria dos casos, os apenados não são assistidos por advogados durante a execução da pena, ao mesmo tempo em que a Constituição assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa? Como se pode legitimar, na execução penal, um discurso de *defesa social* ao mesmo tempo em que a Constituição arrola, além dos *direitos sociais*, também os *direitos individuais*?

Isso tudo se agrava, ainda mais, nos casos em que a Lei de Execução Penal apresenta-se viciada por *polissemia*, legitimando discursos penais autoritários. Assim, por exemplo, ao enumerar, dentre as faltas graves da execução penal, a conduta do preso que “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” (art. 50, inc. I), ou quando não se portar com “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (art. 39, II, c/ c o art. 50, VI), a Lei de Execução Penal, dada a amplitude desses dispositivos, possibilita uma atividade judicante de *constituição* de faltas graves, e não de *declaração* destas. Assim ocorrendo, estamos não só diante de uma invasão, pelo juiz, no caso concreto, dos poderes conferidos ao legislador, como, além disso (e o que é mais grave), legitimando a aplicação de sanções disciplinares arbitrárias e ilegais.

Resta evidente, pois, que ainda temos muito o que aprender em matéria de execução penal. Vivemos num Estado Democrático de Direito em que a execução da pena sequer adequou-se aos ditames de um Estado de Direito. É chegada a hora de superarmos esse vácuo hermenêutico, a fim de que, em sede de execução penal, tenhamos o desenvolvimento de um método baseado no ordenamento

constitucional, e não em valores éticos cujo autoritarismo redundaria na supressão quase que completa do *princípio da humanidade das penas*. Essa infeliz realidade revela que o discurso jurídico, na execução, está impregnado por uma assustadora crueldade que apenas contribui para o aumento crescente da violência.

Bibliografia

- ANTUNES, Ruy da Costa. "Da analogia no direito penal". Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para Docente Livre de Direito Penal. Recife: [s.e.], 1953.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1990. t. II.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- . *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Trad. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1956. vol. I.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997. vol. I.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino et alii. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.
- FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed., 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976. vol. I, t. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- . "Hermeneutica y derecho". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Universidad de Granada, n. 25, 1985.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. parte I.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico e civil*. Trad. Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Universidad, 1992.

- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Luis Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas*. São Paulo: RT, 1994.
- LUISI, Luiz. "Direito penal e revisão constitucional". *RT* 729, ano 85, jul. 1996.
- . *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. I.
- MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. II.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SCHMIDT, Andrei. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994. vol. I.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.