

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**AS FONTES DO IMAGINÁRIO JUDICIAL: MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES NOS CRIMES DE ROUBO NO RIO GRANDE DO SUL**

ROBERTO DA ROCHA RODRIGUES

Porto Alegre

2007

ROBERTO DA ROCHA RODRIGUES

**AS FONTES DO IMAGINÁRIO JUDICIAL: MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES NOS CRIMES DE ROUBO NO RIO GRANDE DO SUL**

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais, sob a orientação do Professor Doutor Salo de Carvalho.

Porto Alegre

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO DA ROCHA RODRIGUES

**AS FONTES DO IMAGINÁRIO JUDICIAL: MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES NOS CRIMES DE ROUBO NO RIO GRANDE DO SUL**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Prof. Dr. Aury Lopes Junior

Porto Alegre
2007

ABSTRACT

The present study, linked to the line of research in *Criminal Policy, State and Restriction of Punishment Power* within the concentration area of *Violence* of the Masters Program in Criminal Science of the Law School of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, explores the motivation behind court decisions dealing with robbery crimes in the State of Rio Grande do Sul based on an extensively qualitative field research. The study thus sought to partially reproduce a research carried out in the State of São Paulo jointly by the *Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)* and the *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. The hypothesis of both papers focused on the view that judges used stiff, non-historical and atemporal categories such as *personality bent on crime, defense of society* and *severity of the criminal offense* to ‘legitimate’ a qualitative aggravation (i.e. a more severe regimen of incarceration) in imprisonment sentences. It was noticed that part of the judiciary’s (pre-)comprehension lays firmly rooted in a theoretical model outdated in terms of epistemology, one which nevertheless enjoys broad acceptance from (theoretical) common sense, namely, the etiological paradigm of criminology. Far from being eradicated by social reaction criminology in everyday judicial praxis, this criminological positivism, in addition to pervading the scope of understanding of many judges, has entrenched a host of categories in Brazilian criminal law that are made legitimate in and through the legal-criminal discourse (criminal dogmatism). Thus, at a first stage the study set out a context for the legitimacy of social criminal control (criminal sentence) within the scope of the institution of the Brazilian Nation-State. It then sought to present data obtained from the analysis of 29 sentences and 29 corresponding appellate judgments in a critical and thoughtful manner. Lastly, the study anticipated the development of difficulties as a result of such a hermeneutical-criminological issue with a view to proposing a garantism hermeneutics in the scope of criminal dogmatism, and a criminological shift (social reaction paradigm) to shape the understanding of the interpreter (judge) of the law. The study therefore intended to lay out some ideas that may serve as an instrument to positively check the punishment power and the expansion of criminal law, and in doing so it evidences its connection with the line of research of the Postgraduate Program in Criminal Science of this University referred above.

Keywords: judicial motivation – positivist criminology – garantism hermeneutics.

RESUMO

No presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa *Política Criminal, Estado e Limitação do Poder Punitivo*, que está inserida na área de concentração *Violência* do Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, analisou-se, a partir de pesquisa de campo eminentemente qualitativa, a motivação das decisões judiciais nos crimes de roubo no Estado do Rio Grande do Sul. Buscou-se, pois reprodução parcial de pesquisa já realizada no Estado de São Paulo articulada entre o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). A hipótese de ambos trabalhos centrou-se na perspectiva de que os magistrados utilizavam-se de categorias cristalizadas, ahistóricas e atemporais como forma de ‘legitimar’ o recrudescimento qualitativo (regime mais severo) da pena a ser cumprida, tais como *personalidade voltada para o crime, defesa da sociedade e gravidade do delito*. Percebeu-se que a (pré)compreensão de parcela da magistratura encontra-se ancorada em matriz teórica epistemologicamente defasada que obtém, entretanto, amplo respaldo no senso comum (teórico), a saber o paradigma etiológico da criminologia. Longe de estar soterrado pela criminologia da reação social na prática jurídica diária, o positivismo criminológico além de permear o horizonte de sentido de muitos magistrados, constituiu inúmeras categorias na legislação penal brasileira, legitimadas no e pelo discurso jurídico-penal (dogmática penal). Assim, foi realizado num primeiro momento, a contextualização da legitimidade do controle social penal (decisão penal) no âmbito da instituição do Estado-Nação brasileiro. Posteriormente, buscou-se apresentar de forma crítica e reflexiva os dados obtidos a partir da leitura de 29 sentenças e 29 acórdãos correspondentes. Por fim, vislumbrou-se a explicitação dos impasses gerados a partir desse problema hermenêutico-criminológico na perspectiva de se propor uma hermenêutica garantista, no âmbito da dogmática penal, e uma virada criminológica (paradigma da reação social) constitutiva da compreensão do interprete (magistrado) do direito. Objetivou-se, portanto, articular algumas idéias que sirvam de instrumento para a contenção incisiva do poder punitivo e da expansão do direito penal, o que justifica a sua vinculação à linha de pesquisa referida, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais desta Universidade.

Palavras-chave: motivação judicial– criminologia positivista – hermenêutica garantista.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 (RE)DISCUTINDO A RACIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELA INSTITUIÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO NO ÂMBITO DAS DECISÕES (JUDICIAIS) PENAIS	21
1.1 Paradoxos da racionalização da violência pelo controle social (penal) do Estado no Brasil.....	21
1.2 A construção dogmática da ciência do direito penal como fonte de ‘legitimação’ do controle judicial penal.....	26
1.3 A crise da ciência moderna e a (necessária) ruptura com a dogmática penal (pre)dominante	37

2 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS CRIMES DE ROUBO NO RIO GRANDE DO SUL: DA (PRÉ)COMPREENSÃO ETIOLÓGICA À PATOLOGIA DOS JULGAMENTOS MORAIS.	48
2.1 Apresentação da pesquisa paulista (IDDD/IBCCRIM) como marco referencial	48
2.2 Breve esboço da pesquisa no Rio Grande do Sul	50
2.3 A importância constitucional da fundamentação: a análise qualitativa e a amostra quantitativa	52
2.4 “O Estrangeiro” e a “personalidade com notas dissonantes”: a patologia dos julgamentos morais	58
2.5 “Ensaio sobre a Cegueira”: A lógica maniqueísta e a (con)sagração do positivismo criminológico no discurso jurídico-penal	64
3 DA HERMENÊUTICA (GARANTISTA) COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO NO ÂMBITO DAS DECISÕES PENAS	72
3.1 Os alibis teóricos formulados pela dogmática na interpretação da lei/direito penal	72
3.2 (Re)construindo as bases de uma hermenêutica-garantista para a contenção do poder penal	78
3.2.1 A construção da legitimidade externa	84
3.2.2 A construção da legitimidade interna	88
3.3 A hermenêutica-garantista como horizonte de sentido da dogmática e do interprete (juiz) do direito penal	96
CONCLUSÕES	105
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2002, membros do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), preocupados com a atuação dos operadores do direito na justiça criminal de São Paulo articularam junto ao Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), investigação sobre a motivação das decisões penais condenatórias nos crimes de roubo no Estado de São Paulo, tendo sido, posteriormente, publicada a obra – *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*.¹

O foco principal da pesquisa consistiu em analisar as decisões judiciais nos crimes de roubo durante o período de 1º de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2000, totalizando 6.530 processos. Todavia, os resultados do trabalho tiveram como base a avaliação de uma amostra de 570 processos. Buscou-se, pois, retratar a atuação jurisdicional no processamento dos delitos de roubo tendo por objeto as decisões de primeira e segunda instâncias, com trânsito em julgado, da justiça criminal de São Paulo.

Analisou-se, na investigação, dados quantitativos em relação às condenações e absolvições, bem como os regimes de pena impostos. Isso porque a primeira hipótese de trabalho centrava-se na idéia de que a grande maioria dos denunciados obtinha condenação e que, embora estivessem presentes os requisitos legais de primariedade e pena fixada no mínimo legal, os apenados recebiam tratamento qualitativo mais severo, ou seja, a imposição de regime fechado, resultando, portanto, na negação do direito ao regime semi-aberto.

¹ IBCCRIM/IDDD. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM/IDDD, 2005.

Entretanto, a análise quantitativa, por si só, mostrava-se insuficiente para a compreensão do fenômeno. Assim, buscou-se realizar uma avaliação qualitativa no que tange a motivação das decisões judiciais, no intuito de verificar quais eram os argumentos utilizados pelos magistrados como forma de “legitimação” à imposição de regime de pena mais grave.

Foi confirmado, nesse sentido, o uso recorrente de três categorias que eram utilizadas de forma isolada ou articuladas entre si, como elementos que configuravam e “legitimavam” o aumento da pena, quais sejam: *periculosidade*, *gravidade do delito* e *defesa da sociedade*.

A partir dessas duas análises (quantitativa e qualitativa) foi confirmada a hipótese central de que os apenados recebiam reiteradamente tratamento mais severo em suas condenações em razão da utilização, na motivação das decisões, de meta-regras como elemento legitimante. Percebeu-se a criação e consolidação arbitrária e ideológica de categorias cristalizadas, atemporais, e puramente abstratas que ignoravam a singularidade de cada caso. A investigação (IBCCRIM/IDDD) é rica em dados e aponta para outros inúmeros elementos que constituem e configuram as fontes do imaginário judicial no Estado de São Paulo.

Após a divulgação dos dados quantitativos e qualitativos da pesquisa, que compõe a primeira parte da obra, são trazidos artigos redigidos por membros das duas entidades na busca de uma interpretação crítica dos fenômenos. Assim, a abordagem conta tanto com uma reflexão técnico-jurídica, quanto uma análise de sociologia da administração da justiça

criminal. Buscou-se, pois, a partir de um foco específico, interpretar o sistema de justiça criminal contemporâneo, bem como os movimentos sociais e a ideologia que o sustenta.

A partir destes dados vislumbrou-se a possibilidade de análise comparativa com as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos crimes de roubo. Contudo, trata-se de reprodução parcial da pesquisa paulista, pois, a presente investigação funda-se, principalmente, em análise qualitativa, ou seja, na interpretação das motivações judiciais na aplicação da pena. Desta forma, propôs-se a realização de um levantamento junto às quatro câmaras criminais competentes para o julgamento da matéria, das decisões proferidas pelos desembargadores e das sentenças de primeiro grau de lhe deram ensejo.

Tendo em vista que cada câmara criminal é composta por quatro desembargadores, a idéia inicial da investigação consistia em analisar três processos por relator, totalizando-se um número de quarenta e oito decisões. Partiu-se do número de três decisões, pois, a premissa é de que cada julgador tenha uma (pré)compreensão sobre o assunto que oriente uma certa linha de julgamento mais ou menos definida e, também, por tratar-se de análise, eminentemente, qualitativa. Todavia, diante de inúmeros impasses burocráticos, o que demonstra que parcela das instituições ainda é refratária à produção do conhecimento, obteve-se uma amostra de vinte e nove sentenças e seus respectivos acórdãos, totalizando cinquenta e oito decisões portanto. Nesse sentido, interpretou-se a incidência de metaregras e suas possíveis fontes a partir da amostra das decisões judiciais nos crimes de roubo.

Pretendeu-se, pois, avaliar – se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no mesmo período, em casos que se aproximaram, manteve-se ou distanciou-se da

interpretação majoritária do Tribunal paulista. A análise dos dados qualitativos observou os elementos constitutivos da motivação das decisões judiciais, valendo-se de critérios equivalentes aos utilizados pela pesquisa do IDDD/IBCCRIM.

Pode-se dizer que a formulação do problema de pesquisa traduziu-se na seguinte pergunta: há no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como no tribunal paulista, a criação de categorias cristalizadas e atemporais (periculosidade/personalidade voltada para o crime, defesa da sociedade, gravidade do delito), que servem, ideologicamente, de “legitimidade” para o recrudescimento quantitativo e qualitativo na aplicação da pena, nos crimes de roubo?

A partir da formulação de tal problema objetivou-se descrever, qualitativamente, a motivação e a fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos crimes de roubo, tendo como amostra inicial 58 decisões. Ademais, buscou-se interpretar os elementos constitutivos do imaginário dos magistrados no que concerne ao papel do direito penal, criminologia e política criminal.

A justificativa da pesquisa se dá em momento bastante evidente no mundo contemporâneo, em que a temática da violência está presente nos mais diversos campos do conhecimento. Mas a ciência, seja lá qual for à abordagem epistemológica que se queira dar, não detém o local exclusivo dos discursos sobre a temática. Ela rompe quaisquer tipos de fronteiras e transpassa os mais diversos locais de fala, das pequenas comunidades locais às grandes comunidades internacionais. Por outro lado, se manifesta de formas variadas, o que só aumenta a complexidade de uma aproximação compreensiva e conceitual.

Logo, longe de qualquer pretensão totalitária ou totalizante, o recorte se torna um imperativo já que de outra forma se cairia numa espécie de buraco-negro da complexidade ou simplesmente no vazio acadêmico. O reconhecimento do limite das possibilidades do conhecimento é ponto de partida e de chegada da presente investigação.

Assim, buscou-se investigar um local bem específico e delimitado em que a violência e o exercício do poder se manifestam diariamente, muitas vezes, sem que diversos pesquisadores se dêem conta disso, qual seja, a atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no processamento dos crimes de roubo. Embora represente uma pequena fatia no imenso universo do sistema de justiça criminal brasileiro, é de fundamental importância compreender a qualidade das decisões dos magistrados nesse tipo de delito.

A escolha da temática como objeto de pesquisa é fruto de uma preocupação e de um projeto mais amplos. Intitulado *Mal-estar na cultura punitiva*, esse projeto, sob coordenação do professor Salo de Carvalho, visa compreender a diafonia existente entre o discurso (oficial) das ciências criminais, cuja pretensa finalidade é a tutela de bens jurídicos, e suas reais (in)capacidades na contenção da violência pública e privada.

O projeto jurídico-penal do terceiro milênio, em processo reiterado de auto-encantamento, redimensiona uma verdade que adquire contornos de equívoco, pois, em decorrência da excessiva crença na onipotência, entende ser capaz de proteger a humanidade dos riscos do desenvolvimento tecnológico – sobretudo, atualmente, o risco ambiental. Assim, é possível considerar que a retórica penal, ao manifestar um delírio de grandeza (messianismo), envolve-se num ciclo vicioso cujos efeitos perversos são (a) a

incapacidade real de proteger os novos valores da humanidade e (b) a ruptura com sua estrutura histórica de garantias.²

Situada dentro desse contexto maior, a presente pesquisa aparece como fragmento complementar, mas necessário, para compreender as contradições e os paradoxos que revestem as decisões penais. Pretendeu-se descrever parte da operacionalidade do sistema de justiça criminal nos crimes de roubo, representado aqui pela motivação das decisões judiciais.

De outro lado, entendeu-se fundamental dentro do atual contexto social em que o medo e a insegurança, reais ou simbólicos, parecem funcionar como elementos legitimadores de todas as medidas (autoritárias), interpretar de que local mais se aproxima esse setor específico do poder judiciário. Se, por um lado, potencializa e reproduz essa sensação do ambiente social como forma de legitimar decisões autoritárias, daí a criação das categorias referidas, ou pelo contrário, se se utiliza outro tipo de racionalidade que consiga conter minimamente o poder punitivo.

Por óbvio que muitas vezes é bastante tênue a linha divisória entre autoritarismo e democracia no âmbito da justiça criminal tendo em vista a própria forma de sua operacionalidade, há muito denunciada pela criminologia crítica e todas as variáveis do paradigma da reação social. Por esse mesmo motivo parece fundamental a pretensão da pesquisa em delinear as aproximações do judiciário numa ou noutra concepção, ou seja, descobrir de que forma vem atuando a magistratura gaúcha nos crimes de roubo.

² CARVALHO, Salo de. “A ferida narcísica do direito penal”, pp. 179-208.

No primeiro momento da dissertação buscou-se, pois contextualizar e problematizar a legitimidade da decisão penal no âmbito da instituição do Estado brasileiro. Articularam-se, também, a construção do discurso jurídico penal (dogmática) como fonte de ‘legitimidade’ da atuação da magistratura, bem como, os impasses gerados a partir da constatação de sua defasagem epistêmica.

Num segundo momento, apresentaram-se os dados quantitativos e qualitativos da pesquisa e, posteriormente, uma análise crítica e reflexiva das motivações a partir de um enfoque hermenutico-criminológico. Contou-se, inclusive, com a contribuição de duas obras literárias que explicitavam perfeitamente os problemas dos tipos de fundamentação encontrados nas decisões, a saber “O estrangeiro” de Albert Camus, e “Ensaio sobre a cegueira” de José Saramago.

No último capítulo, vislumbrou-se a possibilidade de ensaiar algumas alternativas na contenção incisiva da expansão do direito penal e do sistema punitivo como um todo, por meio de uma hermenêutica garantista que tenha como pressuposto a virada criminológica propiciada pelo paradigma da reação social, e os valores fundantes do constitucionalismo democrático.

Por fim, há que se ressaltar que a atual pesquisa parte de um pressuposto geral, no âmbito de sua configuração epistemológica. No instante em que tanto a ontologia clássica (metafísica) quanto a epistemologia moderna (cientificismo) são profundamente soterradas pelo fim das certezas, pelo fim das ilusões do progresso³ e pelo fim dos determinismos,

³ Rechaçando a hipótese de que a ideologia cientificista emergente do século XIX, baseada na evolução linear, traria progresso, segurança, bem-estar, etc., Zygmunt Bauman, ao analisar o genocídio nazista, afirma que “o Holocausto não foi simplesmente um *problema judeu* nem um fato da *história judaica* apenas. *O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de*

impõe-se ao pensamento científico contemporâneo a tarefa primordial de sua própria reconstrução.⁴

Segundo Jean-François Raux,

assim que se afastam as referências a um absoluto definido de maneira exterior ao homem, coloca-se o problema da justificação. Justificação já não auto-referencial de uma verdade que o homem deve descobrir, mas justificação em relação ao público, adaptada às nossas necessidades sociais.⁵

Na visão de Ruth Gauer⁶, no exato instante em que o conhecimento científico moderno abandona a vontade de verdade como busca de um absoluto, eliminando a possibilidade de construção de modelos universais e imutáveis, o conhecimento científico assume a forma de interpretações e narrativas.

Trata-se, pois simplesmente de reconhecer que se fala desde um lugar, de uma historicidade e temporalidade próprias que não podem ser neutralizadas quando do momento da investigação. De outra forma se cairia na fábula do Barão de Münchhausen⁷ e se retornaria ao positivismo científico com todos os problemas que acarretou. O conhecimento é desde sempre interessado, e seu reconhecimento (assunção de postura ideológica) é prova de honestidade intelectual e maturidade acadêmica (Aury Lopes Jr.). É

*civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura. A autocura da memória histórica que se processa na consciência da sociedade moderna é por isso mais do que uma indiferença ofensiva às vítimas do genocídio. É também um sinal de perigosa cegueira, potencialmente suicida". (BAUMAM, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*, p. 12)*

⁴ Nessa linha de raciocínio Edgar Morin afirma que "precisamos também tornar mais complexa a noção de progresso. É preciso abandonar a idéia simplista de que o progresso técnico/econômico é a locomotiva à qual estão atrelados os progressos sociais, políticos, mentais e morais. Além disso, já o dissemos, os progressos de nossa civilização comportam seus lados negativos. Eles resolveram antigos problemas, criando outros e gerando novas carências, novos males. Muitos ganhos foram pagos com perdas. Seja como for, os progressos alcançados não haveriam de ser definitivos e teriam necessidade constante de ser regenerados". (MORIN, Edgar. *Planeta: a aventura desconhecida*, p. 18).

⁵ RAUX, Jean-François. "Elogio da filosofia para construir um mundo melhor", pp. 17-18.

⁶ GAUER, Ruth M. Chittó. "Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)", pp. 8-9.

⁷ LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*, pp. 17-57.

isso que separa o relativismo (indiferença) da relatividade, que é o reconhecimento da parcialidade dos elementos constitutivos do humano. (Ricardo Timm de Souza) A complexidade e o pluralismo do mundo contemporâneo impedem a pretensão de busca pelo absoluto (metafísico) e de qualquer monopólio de revelação da verdade.⁸

Nesse sentido, a investigação parte da premissa de que as teorias de base utilizadas são fragmentos que contribuem para uma compreensão aproximativa no intuito de abrir possibilidades de interpretação dos diversos fenômenos que compõe a investigação. Assim, os aportes teóricos utilizados ora avançam mais e se aperfeiçoam, ora demonstram-se limitados e recuam, e isso, simplesmente, demonstra que o sonho de totalidade da “Razão Esclarecida”⁹ é ilusório e perigoso, gerando, muitas vezes, o fundamentalismo científico próprio do ocidente.

Assim sendo, utilizou-se basicamente o instrumental teórico de viés transdisciplinar, entendido aqui como atribuição de sentido para a produção da diferença, a partir de uma “fusão de horizontes”. A premissa central da presente investigação refletiu, portanto, a noção de que “o conhecimento, aliado à imaginação, à capacidade de inovação, é capaz de produzir a esperança”.¹⁰ Ou, ainda, seguir o conselho de Edgar Morin e Ilya Prigogine de que “fora da certeza, somos livres, às vezes para melhor, às vezes para pior...”.¹¹

⁸ MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*, pp. 99-109.

⁹ O perigo da ‘razão esclarecida’, que se torna mito e que tem como base de sustentação a Ciência, é percebido e duramente criticado por Adorno e Horkheimer: “O mito converte-se em esclarecimento, e a natureza em mera objetividade. O preço que os homens pagam pelo aumento de seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-os na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las”. (ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*, pp. 24).

¹⁰ RAUX, Jean-François. “Elogio da filosofia para construir um mundo melhor”, p. 18.

¹¹ MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. *A sociedade em busca de valores*, p. 25.

CONCLUSÕES

Vislumbra-se após todo caminho percorrido, que há no atual contexto do sistema de administração da justiça criminal brasileiro, um profundo entrelaçamento teórico entre a construção dogmática da ciência do direito penal (principalmente no que tange aos seus postulados de interpretação da lei penal), o senso comum (teórico) e o positivismo criminológico. Estreitamente manifestado aqui, pela fala (motivação) de parcela da magistratura.

A abstração metafísica proporcionada pelas teses contratualistas eurocêntricas difundidas no discurso jurídico penal periférico, encobre os violentos processos de colonização e modernização brasileiros, construindo, assim, a legitimidade (*a priori*) do ‘direito’ de punir do Estado (*ius puniendi*). Por outro lado, a idéia de rígidas regras formais e prévias (legalidade), fundamentais naquele momento histórico (transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal), realçava o ideal (político) burguês de segurança jurídica vinculando o magistrado às palavras da lei.

Percebe-se, pois que ato interpretativo era (é) concebido pelo método lógico-dedutivo (subsunção), cujo papel do interprete se resumiria a reconhecer a essência do texto por meio da linguagem, simples condutora, tornando possível a previsibilidade (segurança) das decisões. Instaurada a relação sujeito-objeto, o sentido/significado emanava do próprio texto, tornando o sujeito alheio e secundário a esse processo. Há uma espécie de cristalização atemporal, ou seja, independentemente do contexto sócio-histórico

(pragmática) a utilização correta dos procedimentos metodológicos garantiriam precisão científica na produção de sentido, viabilizada pela objetividade das palavras.

Cria-se então a figura do juiz Júpiter (Ost), pretensamente neutro e asséptico, mero cumpridor das leis positivas instituídas pelo poder estatal. Nesse cenário o magistrado fica(ria) isento de responsabilidades, subjetividades e opções políticas em relação ao direito penal e ao sistema punitivo de uma forma geral. Se a linguagem é objetiva e a interpretação da lei (penal) e do fato são atos puramente lógicos, pouco tem haver o sujeito que a proferir. Não há, para essa concepção epistemológica, compromisso político com as decisões, tampouco, a compreensão da própria participação nas ‘contradições’ da real operacionalidade do poder punitivo. Ou seja, o magistrado acredita que não faz parte do processo de construção social do ‘crime’ e do ‘criminoso’, pois estas categorias possuiriam propriedades ontológicas (metafísicas) e seu papel seria o de descobrir suas respectivas essências.

Nessa perspectiva, o positivismo criminológico é (re)atualizado e levado às suas últimas conseqüências pelos álibis teóricos (Warat) da interpretação, pretensamente, neutra, objetiva e, portanto, científica. Basta ao juiz reconhecer por meio de um método rígido a essência do crime/tipo penal (mal em si/pecado) e do criminoso (nato).

De outro lado, parcela da magistratura ignora a seletividade ocorrida no processo de criminalização (primário e secundário), o que viabiliza a lógica dicotômica e maniqueísta dos cidadãos de bem e das pessoas essencialmente criminosas. Como o sistema de justiça criminal não consegue responder a todas as condutas formalmente típicas ocorridas na teia das relações humanas, o processo de seleção se dá, necessariamente, pela vulnerabilidade

às agências de controle do Estado, criando a falsa impressão de que apenas um grupo social minoritário é disfuncional. A consequência trágica dessa forma de raciocínio é, num primeiro momento, a impossibilidade de se construir novas formas de resolução dos conflitos e, num segundo momento, a aniquilação de parcela significativa da população (Zaffaroni), notadamente negra e pobre.

Assim, quando a magistratura se manifesta pela expansão e ampliação do poder punitivo com a falsa idéia de que se está combatendo a criminalidade e os criminosos, seja no recrudescimento quantitativo ou qualitativo da pena, por meio de categorias (próprias do positivismo criminológico) como *personalidade delinqüente*, *defesa da sociedade* e *gravidade do delito*, na realidade está se eximindo de uma postura ético-política, previamente tomada, de consequências perversas.

Nesse sentido, vislumbrou-se a possibilidade de uma hermenêutica (filosófica) garantista que tenha como (pré)compreensão básica, tanto a virada lingüístico-pragmática no campo da filosofia, quanto a virada criminológica operada pelo paradigma da reação social. Ademais disso, que o interprete (juiz) assuma de forma incisiva os postulados da democracia constitucional levadas a cabo por um governo republicano. A consequência necessária dessa compreensão é a total perda de legitimidade do poder punitivo e a instrumentalização de um discurso/prática jurídica de contenção e resistência. Ainda que o garantismo penal seja, como toda e qualquer teoria, limitado, oferece mecanismos de contra-poder em local pontual e específico, a saber, o processo penal.

Todavia, parece não ser esse o caminho que está sendo tomado no âmbito institucional, seja pelo poder executivo, legislativo e, especificamente, o judiciário. Em

pesquisa realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e patrocinada pela própria Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), contatou-se em entrevista de 1.017 juizes que 57,4% dos magistrados são favoráveis à redução da maioria penal de 18 para 16 anos como uma das formas de reduzir a violência; 84,3% concordam com a fixação de penas mais rigorosas para crimes ‘graves’ e 93% acreditam que os presos deveriam trabalhar obrigatoriamente nas penitenciárias. Em comentário a pesquisa, o coordenador e desembargador gaúcho Ivan Bruxel declarou que o estudo mostra que os juizes são pessoas que pensam como a população brasileira.¹²

Deve-se estabelecer então um diálogo sério e respeitoso com senso comum, apontando as contradições do sistema punitivo, suas funções oficialmente declaradas (não cumpridas) e suas funções latentes (cumpridas), mas, jamais, reproduzi-lo, dando-lhe *status* de cientificidade, institucionalmente de forma acrítica e contemplativa.

¹² *Maioridade penal: redução é apoiada.* CORREIO DO POVO, 17/01/03, p. 9.