

## PERDA DA REMIÇÃO: NOVA LEI, VELHAS PRÁTICAS

Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado<sup>1</sup>

**RESUMO:** Da perda total da remição ante a prática de falta grave, passando-se pelo entendimento da inconstitucionalidade do art. 127 da LEP (redação original) e, após, pelo enunciado sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal, chegou-se, hoje, ao estabelecido pela Lei n.º 12.433/2011. No entanto, aplica-se o comando legal da perda da remição no limite máximo legal (1/3), sem o necessário enfrentamento da proporcionalidade: necessidade da medida e, nesse caso, do quantitativo da perda. Ou seja, replica-se o “velho” entendimento, sem o devido enfrentamento da questão, em total dissonância com os princípios constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Penal. Remição. Falta grave. Proporcionalidade. Senso comum teórico.

**SUMÁRIO:** 1. Introduzindo a temática. 2. Remição da pena: da inconstitucionalidade da perda da remição ao contexto atual. 3. A perda dos dias remidos: a possível compatibilização com os princípios constitucionais 4. A perda da remição e a “resistência ao novo”: na tentativa de encontrar resposta(s). 5. Concluindo. 6. Referências.

### 1 INTRODUZINDO A TEMÁTICA

Sintomática a relação que tem o apenado com a remição da pena. Aqueles que militam na execução penal (e que mantêm contato direto com os encarcerados) têm noção exata do que representa a remição ao condenado: possibilidade de encurtar o doloroso tempo de cárcere, para além (muito além) de qualquer juízo axiológico.

Da perda total da remição ante a prática de falta grave, passando-se pelo entendimento da inconstitucionalidade de tal dispositivo legal e pelo enunciado

---

1 Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

sumular vinculante do Supremo Tribunal Federal, chegou-se, hoje, ao estabelecido pela Lei n.º 12.433/2011.

Contudo, os entendimentos (jurisprudenciais, em especial) replicam velhas práticas, sem qualquer juízo crítico acerca da mudança legal. O fato é que a alteração legal, no que diz com a perda da remição ante a prática de falta grave, não tornou a primeira decorrência necessária da segunda. Não obstante, aplica-se irrestritamente o comando legal, sem a necessária fundamentação das decisões (lembre-se, princípio constitucional), com a perda integral (1/3) dos dias remidos. Faz-se tábula rasa: perda máxima da remição, sem qualquer ponderação acerca de sua necessidade/possibilidade.

É a velha prática, que não vê (ou não quer ver) o novo.

## **2 REMIÇÃO DA PENA: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA REMIÇÃO AO CONTEXTO ATUAL**

A Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), em seu art. 126, estabeleceu o direito do encarcerado à redução de sua pena na medida do seu trabalho, na proporcionalidade de um dia a menos de pena para cada três dias trabalhado.

Estabeleceu, ainda, a perda dos dias remidos como decorrência da falta grave (art. 127). Diversas foram as vozes contrárias<sup>2</sup>, sustentando a (inequívoca!) inconstitucionalidade do dispositivo, ao invocar diversos fundamentos: agressão ao direito adquirido, ao direito fundamental ao trabalho, à dignidade da pessoa humana, entre outros.

Não há(via) como refutar, no bojo do Estado Democrático de Direito, os fundamentos esgrimidos. No que diz com o direito adquirido, fica estampado que a perda da remição, em especial quando já declarada em juízo, por decorrência de fato disciplinar superveniente, agride o direito adquirido do cidadão-apanado. Nesse aspecto, não se pode descuidar que a decisão que reconhece a remição da pena tem natureza meramente declaratória (e não constitutiva), o que torna ainda mais pernicioso o comando legal. Nessa direção, Scapini (2009) assevera que “considerando que a remição declarada tem a natureza de tempo cumprido de

---

<sup>2</sup> Remete-se, em especial, ao precedente da Quinta Câmara Criminal do TJRS, de relatoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho: agravo em execução n.º 70001880079, j. 07/02/2001.

privação de liberdade, decretar a perda implica restabelecer pena parcialmente extinta pelo cumprimento, o que é inconcebível”<sup>3</sup>.

Bogo Chies<sup>4</sup>, ao abordar a temática há mais de uma década, sedimentou os vícios (de índole constitucional) do art. 127 da LEP:

Quebra a segurança do direito adquirido (artigo 5º, XXXVI); afronta o princípio da proporcionalidade da pena, gerando inclusive o risco de, em concreto, consolidarem situações análogas a 'trabalhos forçados' (artigo 5º, XLVII); afronta o princípios da humanização e da individualização das penas (artigo 5º, III e XLVI); além de afetar a base constitucional do trabalho como um direito social e individual.

Outras vezes, embora não tenham reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo, acabaram por estabelecer uma proporcionalidade, ao aplicar o instituto da prescrição em relação ao tempo de perda da remição. Para tanto, o prazo mínimo da prescrição penal era empregado para estabelecer o máximo de perda da remição<sup>5</sup>.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 9 e, assim, arredou toda a discussão existente acerca da (in)constitucionalidade do art. 127 da LEP. Então, restaram suplantadas as discussões existentes, impondo a perda da remição ante a prática de falta grave.

Ocorre que a Lei n.º 12.433/2011 andou na contramão da própria súmula, ao dar nova redação ao art. 127 da LEP. Agora, a falta grave autoriza a perda de até 1/3 da pena, como se vê do comando legal: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Entre “idas e vindas” fica o apenado, vítima do “ranço” que parece não permitir a interpretação do novo comando legal de forma compatível com os ditames da Lei Maior.

3 SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51-52.

4 CHIES, Luiz Antonio Bogo. **Prisão: Tempo, Trabalho e Remição: Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP**. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 667.

5 A título ilustrativo, tem-se o precedente que segue: “EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. PERDIMENTO. LIMITES TEMPORAIS. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. O sistema jurídico pátrio não se conforma com situações de indefinição ou insegurança permanentes. Vários são os instrumentos de pacificação social encartados na própria Constituição Federal, tais quais o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Aí também se inscreve a prescrição, como regra geral, que se vem aplicando, mesmo na execução penal, para hipóteses em que ausente previsão na LEP, nada justificando, assim, não se observe comportamento semelhante aos efeitos de definir consolidação de certos benefícios, que não podem, anos a fio, até a expiação completa da pena (e isto mais avulta em penas largas), ficar sujeitos à desconstituição. Hipótese, assim, que encontraria semelhança com prescrição aquisitiva, da usucapião, sendo esse o caso da remição. Perda dos dias remidos, fruto de falta grave ou novo crime, que não pode atingir dias trabalhados distantes mais de 2 anos desse novo acontecimento. Prazo que se elege, outrossim, por ser o mínimo da prescrição penal, adotado pelo Colendo STJ para prescrição de imposição de consequências na área da execução penal. Agravo não provido.” (Agravo em Execução Nº 70013636592, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 26/01/2006)

### 3 A PERDA DOS DIAS REMIDOS: A POSSÍVEL COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Lei n.º 12.433/11, ao dar nova redação ao art. 127 da LEP, limitou a perda dos dias remidos a 1/3 do total. Não significa, contudo, que este será o parâmetro, mas sim que tal quantitativo é o limite máximo.

Tem-se como paradigma o precedente da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado<sup>6</sup>:

Execução penal. Falta disciplinar de natureza grave. Perda dos dias remidos. Lei n.º 12.433/11: aplicação imperativa ante a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 127 da LEP: estabelece o dispositivo legal que, praticada a falta grave, poderá (e não deverá) o juiz decretar a perda dos dias remidos até o limite máximo de 1/3. Assim, deve o magistrado: um - motivar a necessidade da perda dos dias remidos, ou seja, dizer se e o porquê decreta a medida; dois - entendendo necessária, deve apontar o quantum de perda, assim como quais foram os fundamentos para alcançar tal quantitativo. Nulidade. Fundamentação das decisões judiciais: é nula a decisão que limita a perda dos dias remidos a 1/3 sem explicitar os motivos para assim proceder. De ofício, decretaram a nulidade da decisão, prejudicado o mérito do recurso (por maioria).

6 Agravo Nº 70045472578, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 09/11/2011. Transcrevo trecho do precedente:

“ Por outro lado, a LEP (art. 127) limita a perda ao quantitativo máximo de 1/3, devendo o juiz, para tanto, observar o art. 57 da LEP, o qual prescreve: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Então, a fim de estabelecer o quantum de perda da remição, impõe-se seja observada basicamente a proporcionalidade entre a falta disciplinar praticada e a sanção.

Aliás, numa interpretação restritiva da lei, na direção mais favorável ao débil, o novo art. 127 da LEP autoriza, desde meu ponto de vista, que o juiz sequer decreta a perda dos dias remidos ou o faça até o limite máximo de 1/3.

A redação é elucidativa no sentido de que o juiz poderá decretar a perda de até 1/3 – repito: “(...) o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido” –, não sendo, pois, decorrência automática da prática da falta grave a sanção respectiva. Dito de outro modo, é dado ao magistrado, à luz da situação fática, deixar de decretar a perda da remição.

No direito penal, sempre que se encontra a locução “pode” na previsão de direito ao réu/condenado, entende-se que a hipótese configura autêntico direito subjetivo público. Veja-se, por exemplo, o art. 77 do Código Penal (sursis) ao prescrever que a pena “poderá ser suspensa”; ainda, o art. 89 da Lei n.º 9.099/95 (suspensão condicional da pena) ao estabelecer que “ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo”. Inequivoco que, em tais casos, a lei estabelece efetivamente um direito subjetivo público.

Contudo, na direção oposta – restrição de direitos –, a locução “pode” ou “poderá” tem de ser vista como impositiva de fundamentação judicial acerca da subsunção do fato às hipóteses legais e, em especial, da necessidade da medida.

Ademais, parece-me, inclusive, ante a fração máxima ter sido estabelecida em valor baixo (1/3), que o viés interpretativo deve ser o da proteção da garantia do direito adquirido aos dias remidos do cidadão apenado.

Então, ante a prática de falta grave, o magistrado, ao aplicar o art. 127 da LEP, deve necessariamente percorrer o seguinte caminho:

um – motivar a necessidade da perda dos dias remidos, isto é, dizer se e o porquê decreta a medida;

dois – entendendo necessária, deve apontar o quantum de perda, assim como quais foram os fundamentos para alcançar tal quantitativo, inclusive com base na proporcionalidade entre fato e sanção.

Portanto, a eventual perda dos dias remidos e seu quantitativo demandam decisão judicial devidamente fundamentada. E tal não pode(ria) ser diferente ante o mandamento constitucional de motivação das decisões judiciais, que fulmina de nulidade a decisão que não é fundamentada (art. 93, IX, da Constituição da República).

Ora, a fundamentação – dar as razões do decidir – é instante sublime da atividade judicante, momento em que o juiz sela seu compromisso com a sociedade. Aliás, as razões recursais sinalam na direção de que devem(riam) ser restabelecidos no mínimo 2/3 dos dias remidos.

Neste contexto, nula a decisão que decretou em 1/3 a perda da remição. É que o decisum não aponta as razões para assim proceder, nem mesmo o motivo para alcançar o quantitativo máximo – “(...) Retrato-me da decisão no que se refere à perda da remição de pena, decretando a perda de somente 1/3 dos dias remidos anteriormente à prática da falta grave, nos termos da Lei 12.433/11.” –, daí porque, renovada vênua, eivado de nulidade.”

Com efeito, o art. 127 da LEP estabelece que a prática de falta grave pode ensejar a perda de até 1/3 dos dias remidos. E, para tanto, tem o magistrado de fundamentar a necessidade da medida e, nesse caso, apontar, também motivadamente, o *quantum*, até o limite de 1/3, será perdido pelo apenado.

Isso decorre, num primeiro plano, do princípio da proporcionalidade, uma vez que toda a sanção penal deve ser proporcional ao fato praticado. É decorrência, ainda, do próprio princípio constitucional da individualização da pena.

O enunciado legal não dá margem para outro entendimento, na medida em que prevê a locução “poderá”. Trata-se de comando que impõe ao magistrado, quando em desfavor do acusado, o dever de fundamentação acerca de sua aplicação, isto é, não se trata de comando imperativo. O contrário, como se sabe, ocorre naquelas hipóteses em que a lei emprega a mesma locução, mas reconhece um direito ao cidadão. Nessa situação, é imperativa sua aplicação, configurando, tal hipótese, inequívoco direito subjetivo público.

Portanto, afirmada a necessidade de imposição da sanção, deve o magistrado motivar o quantitativo da perda. Ao contrário do que possa parecer, a lei prevê que o máximo será de 1/3 dos dias remidos, de forma que o parâmetro aplicável deve encontrar também proporcionalidade com a falta disciplinar praticada. A aplicação irrestrita do percentual máximo, além de agredir a proporcionalidade, viola o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Em suma, o preceito legal impõe ao magistrado a observância da proporcionalidade. Não é isso, todavia, o que se verifica nos processos de execução criminal. Vigem, ainda, a lógica da perda de 1/3 da remição, sem qualquer ponderação acerca de suas consequências.

#### **4 A PERDA DA REMIÇÃO E A “RESISTÊNCIA AO NOVO”: NA TENTATIVA DE ENCONTRAR RESPOSTA(S)**

A nova redação do art. 127 da LEP, embora não arrede as críticas cabíveis à possibilidade da perda da remição, tal qual na redação originária<sup>7</sup>, revela-se mais compatível com os ditames constitucionais ao estabelecer a proporcionalidade entre fato e sanção respectiva. Nesse particular, calha referir que, quando das discussões acerca da Súmula Vinculante n.º 09 do Supremo Tribunal Federal, os Ministros já

tinham expressamente reconhecido a necessidade de observância da proporcionalidade<sup>8</sup>. Todavia, já sob a égide de tal verbete vinculante, não se perquiriria, como regra, de eventual proporcionalidade.

Então, superado o debate acerca da inconstitucionalidade da perda da remição, sobeja a necessidade de enfrentamento da proporcionalidade, que, além de ser princípio constitucional implícito, veio consagrada no texto legal. Todavia, o que vige é o (velho) entendimento, com a decretação da perda de 1/3 dos dias remidos. Ou seja, a lógica permanece inalterada...

Diante desse quadro, a dúvida que emerge é acerca do que motivaria a leitura do dispositivo legal a partir da lógica não mais vigente, ou, dito de outra forma, o porquê da “resistência ao novo”. A resposta está, provavelmente, no reinante “senso comum teórico”, que remonta aos bancos acadêmicos.

Ocorre que a interpretação exige dos juristas um pensamento abstrato, longe da simples exegese da lei, na medida em que demanda a aplicação de princípios. Entretanto,

a constatação é terrível: não logramos aplicar princípios porque exigem grau de abstração maior (não estando no plano do “tudo” ou “nada” como as leis), gerando, em consequência, sensação de insegurança, daí porque precisamos de ordens diretas, concretas, como se o labor do jurista fosse orientado por uma hierarquia militarizada.<sup>9</sup>

A redução do pensamento dos juristas às leis é decorrência da adoção pelas ciências jurídicas e sociais do paradigma positivista que “considera o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja ‘completude’ despreza – como ‘metajurídicas’ – todas as indagações de natureza social, política e econômica”<sup>10</sup>. Desta forma, a ciência jurídica passa a ser concebida como

um simples repertório fixo e imóvel de dogmas, propiciando a concepção da “dogmática jurídica” como um mero conjunto de normas. No âmbito da dogmática, em síntese, a preocupação central é a subsunção do fato à

7 Remete-se o leitor ao tópico 2.

8 “O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta. Então, com essas duas ponderações, eu acompanho. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que nós estamos afirmando. Então, está certo. (In: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe\\_172\\_2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf), acesso em 14/01/2013)

9 CARVALHO, Amilton Bueno de. O interrogatório do acusado e a Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Amilton Bueno & CARVALHO, Salo. Reformas Penais em Debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03.

10 FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 43.

previsão legal (tipicidade), valorizando-se os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando-se as questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação das antinomias, etc.<sup>11</sup>

A adoção do paradigma positivista e o conseqüente consenso em torno do monopólio da força pelo Estado, constituem o que “Kuhn chama de ‘ciência madura’: o momento em que um único paradigma atinge sua plenitude e seu apogeu”<sup>12</sup>, impedindo qualquer discussão a respeito do mesmo. Esta ciência encontra resposta a tudo e auferir caráter de cientificidade a estas respostas na medida em que seus resultados foram atingidos em consonância com o paradigma. Com isso, os princípios e regras das “ciências maduras” jamais são postos em dúvida e há uma adesão de todos os cientistas a este paradigma:

Por isso, como a crença é a de que os problemas fundamentais foram definitivamente resolvidos pelo paradigma, as “ciências maduras” inexoravelmente tendem a cristalizar-se sobre si mesmas, privilegiando a investigação rotineira e burocratizada e entreabrindo uma situação tanto de resistência às mudanças ou às críticas quanto de isolamento disciplinar. No limite, pois, a “maturidade” da ciência se converte em sinônimo de recusa ao avanço, às inovações, à criatividade e mesmo às críticas.<sup>13</sup>

Assim, o ensino do direito se resume à transmissão de premissas básicas do sistema e em soluções definitivas de acordo com as leis vigentes. “Trata-se, em suma, de transmitir uma informação de caráter meramente instrumental – o conjunto de dogmas do direito, que abrirá as portas de todas as câmaras do ‘kafikiano’ castelo legal”<sup>14</sup>. Não há espaço, então, para um raciocínio crítico e problematizante, o que “termina por cristalizar, congelar, burocratizar, enrijecer e esclerosar um conhecimento jurídico crescentemente setorializado em múltiplas áreas de especialização, impedindo por completo sua adaptação às novas situações sociais”<sup>15</sup>.

As faculdades de direito tornaram-se em “escolas de legalidade”, desvinculadas de um pensamento crítico, baseadas em “juízos científicos”, com a

---

11 *Ibidem*, p. 43. Na lição de Luigi Ferrajoli, “um Estado Constitucional de Direito é, pela sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, sendo impensável, por causa do fundamento nomodinâmico da vigência das normas, uma perfeita coerência e plenitude no sistema e nos seus diversos níveis. Mais: a sua possível imperfeição é paradoxalmente o seu maior mérito. Uma perfeita coerência e plenitude e uma total ausência de antinomias e de lacunas só seriam efetivamente possíveis se não fosse incorporado as normas sobre a produção nenhum vínculo substancial: que é o que acontece no estado absoluto – pouco importando se politicamente democrático – onde qualquer norma existente, desde que produzida segundo as formas estabelecidas pelo ordenamento, é, por isso, válida”. (FERRAJOLI, O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99).

12 FÁRIA, **A Reforma do Ensino Jurídico**, p. 44.

13 *Ibidem*, p. 44.

14 *Ibidem*, p. 45.

15 *Ibidem*, p. 45.

falsa concepção de um conhecimento sistemático e coerente e que transmite os sustentáculos de uma dogmática jurídica<sup>16</sup>. Surge, assim, o “senso comum teórico dos juristas de ofício”, que

traduz um complexo mas contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, pontos de vista hegemônicos, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais e cristalizadas pelas práticas jurídicas inerentes a esses órgãos.<sup>17</sup>

O senso comum teórico afasta qualquer espécie de juízo crítico dos estudantes de direito e dos juristas já que não tem “a pretensão de construir um objeto de conhecimento sobre a realidade social; ele visa, apenas, a normatizá-la e justificá-la por meio de um conhecimento padronizado”<sup>18</sup>.

Assim, este conhecimento desvinculado da realidade social, conduz os “juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado”, a conceber “que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico neutro das normas”<sup>19</sup>. Continua Warat, asseverando que “é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais” e que “o sentido conceitual da identidade kelseniana, entre Direito e Estado, é convertido em uma fórmula estereotipada que conota o caráter ético do Estado, impedindo, aparentemente, de agir fora da imaculada gaiola das normas positivas”<sup>20</sup>.

Resta claro, portanto, que a formação do jurista não condiz, como regra, com um pensamento que exija um grau maior de abstração, como é o caso dos princípios. O direito fica resumido a um emaranhado de leis, completo e hermético, e o jurista é o técnico especialista nas mesmas. O trabalho interpretativo se resume a uma simples exegese do texto legal, desvinculado da realidade e dos fatos. Com isso, as leis passam a ter o caráter de dogma no sentido de que são inquestionáveis e de aplicação obrigatória.

A ausência de juízo crítico, aliado à condição de dogma da legislação, engessam o jurista que não é capaz de questionar o conteúdo das leis a serem

16 *Ibidem*, p. 46.

17 *Ibidem*, p. 47.

18 FARIA, A **Reforma do Ensino Jurídico**, p. 47.

19 WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 30.

20 *Ibidem*, p. 32.



aplicadas. Há uma mera vinculação a forma de elaboração das normas, sem a necessária vinculação dos seus conteúdos. Assim, a lei é aplicada sem que haja qualquer questionamento acerca de seu conteúdo.

Esta a situação posta: a dogmática engessa o jurista e o “senso comum teórico” domina a realidade do ensino do direito. Os estudantes, embebidos do “senso comum teórico”, são os futuros advogados, juízes, promotores, defensores, que acabam(rão) por reproduzir esta lógica.

Assim, o estudante que se torna um juiz, por exemplo, leva o “senso comum teórico” para o interior da instituição da qual faz parte, reproduzindo-o e institucionalizando-o – certo é que este processo de reprodução e de institucionalização se dá, num primeiro momento, no interior das próprias instituições de ensino superior. Ora, se o estudante é ensinado a ser um “mero técnico dos textos legais”, o futuro profissional tende a agir desta forma.

Este é o quadro que se verifica na vivência diária dos fóruns, com a repetição do revogado comando legal do art. 127 (apenas, é verdade, com a limitação a 1/3). Uma vez reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave, decreta-se diretamente a perda de 1/3 da remição, sem qualquer análise e aplicação proporcional, como, aliás, exige a própria lei.

A sensação é de que o “senso comum” engessa o operador do direito, que apenas aplica a nova lei a partir do “velho” entendimento. Enfim, não há uma leitura minimamente crítica do dispositivo legal, mas apenas sua aplicação irrestrita, desvinculada de qualquer conformação constitucional. Com isso, viola-se, também, o princípio da motivação das decisões judiciais<sup>21</sup>.

Talvez a resposta esteja fundamentalmente na formação dos juristas, que não permite pensar de forma diversa, mas simplesmente reproduzir a lógica anterior, como se procurou demonstrar.

Outras vozes dirão que tudo passa pelo excesso de trabalho, em que o volume de processos acarreta uma análise mais apressada dos autos. Noutra perspectiva, um tanto mais pessimista (?), tudo pode decorrer da “reinante ânsia persecutória”, que embriaga o jurista mais desavisado daqueles conceitos (rasteiros e ilusórios), de acabar com as mazelas da sociedade por meio do Direito Penal.

---

21 “Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundamente de um processo penal democrático” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1060.)

Somadas as probabilidades, o fato é que os encarcerados ficam à mercê dos entendimentos<sup>22</sup>, sem a devido enfrentamento da questão à luz dos (cogentes) princípios constitucionais. Enfim, velhas práticas, novas (ou velhas?) arbitrariedades.

## 5 CONCLUINDO...

É evidente que a mudança da lei, por si só, não muda a mentalidade das pessoas. Doce ilusão. Diria melhor, amarga ilusão.

Enquanto permanece estabelecido “o senso comum teórico”, pessoas são penalizadas (e “repenalizadas”) por conta, como dizia um poeta, daquela “velha opinião formada sobre tudo”...

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70045472578, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 09.11.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70013636592, Sétima Câmara Criminal, julgado em 26.01.2006.

CARVALHO, Amilton Bueno. Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais. *In: Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. Prisão: Tempo, Trabalho e Remição: Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP. *In: CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

FERRAJOLI, O Direito como sistema de garantias. *In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 89/109.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

---

22 Amilton Bueno de Carvalho é categórico: “(...) para nós, juristas, tudo é um simples debate, mas para os condenados representa o 'tudo', a 'vida' – o continente 'moral' da nossa interpretação é violento: alcança a vida do outro” (CARVALHO, Amilton Bueno. Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais. *In: Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06.)

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *In:* WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.