



DPN - DEPTº DIREITO
PENAL

REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais



DEPº DIREITO PENAL

ano 2 - n. 6 - abril-junho - 1994

SEMINÁRIO 5
FACULTATIVO

6

REVISTA
DOS TRIBUNAIS



Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

DEPº DIREITO PENAL

Lei 8.137/90, que possibilitavam a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, foram expressamente revogados pelo art. 98 da Lei 8.383, de 30.12.91.

Da Prisão Civil do depositário. A prisão civil do contribuinte, como depositário infiel do tributo ou assemelhado (a questão está sendo discutida a nível federal), não prejudica o processo penal ou a imposição da pena criminal. A prisão civil não é pena e visa apenas motivar o depositário infiel a entregar o bem que lhe foi confiado, o que por si só demonstra que as sanções têm natureza e finalidade diversas.

Lei 8.137/90

Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Art. 1.º: Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...

Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:

...

II — deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

...

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

2 — DOCTRINA NACIONAL

APLICAÇÃO DA PENA: POR UMA NOVA ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL

MARIA LÚCIA KARAM

1. Pena e violência punitiva — 2. Aplicação da pena e controle da violência punitiva; 2.1 Aplicação da pena e princípio da culpabilidade; 2.2 Aplicação da pena e reincidência; 2.3 Aplicação da pena e regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade — 3. Conclusão.

1. Pena e violência punitiva

O controle social formal manifestado no poder punitivo do Estado, estruturando-se em um sistema que se materializa através do processo de criminalização de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, ao mesmo tempo que reduz o enfrentamento de tais condutas à simplista reação de impor uma pena aos responsáveis por aquelas condutas criminalizadas, produz um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte.

Os muitos mecanismos ideológicos utilizados na fundamentação e legitimação da pena geraram tradicionais teorias fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção especial ou geral (negativa ou positiva), teorias que sempre se caracterizaram por um irracionalismo indubitável, irracionalismo derivado da própria falta de racionalidade daquele instrumento de realização do poder punitivo do Estado.

A pena só se explica — e só pode se explicar — em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder.

A inidoneidade da pena para resolver conflitos (ao contrário do que ocorre,

pelo menos de forma abstrata, com outras sanções jurídicas, adotadas fora do âmbito do Direito Penal) e sua característica de inflingir dor são seus dados de realidade, a torná-la o sofrimento órfão de racionalidade, de que fala Zaffaroni,¹ sofrimento este que atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização.

Os mecanismos ideológicos legitimadores do poder punitivo do Estado propagando a idéia de que a imposição deste sofrimento irracional aos autores das condutas conflituosas ou socialmente negativas, que a lei define como crimes, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade, alimentam e são alimentados com falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação da ação individualizada da criminalidade convencional como tradução da idéia de violência, identificação que se constrói basicamente através da ocultação de dados essenciais e da

1. V. a respeito, o texto de Zaffaroni: *En Busca de las Penas Perdidas* (Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 209-211), onde, cotejado com sanções jurídicas, características de modelos não penais de solução de conflitos, aquele instrumento de realização do poder punitivo do Estado é mostrado em toda a sua irracionalidade.

manipulação de sentimentos de medo e insegurança, de emoções provocadas por uns poucos crimes mais cruéis, por uns poucos fatos que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupro e alguns homicídios (homicídios nem sempre comovem e assustam, costumando repercutir apenas quando vitimizam membros das classes dominantes, ou quando assumem um caráter de espetáculo, como nos massacres da Candelária e de Vigário Geral no Rio de Janeiro, só assim alcançando as primeiras páginas dos jornais).

Esta crença na reação punitiva é fruto de uma perversa fantasia. Quando se fala em combate à impunidade, quando se pedem penas mais rigorosas, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficiência do sistema penal, esquece-se e oculta-se que, na realidade, tal sistema só opera (e só pode operar) marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos. A quantidade infinita de crimes, que permanece desconhecida ou impune, não é resultado de questões conjunturais ou de uma eventual deficiência operacional. A excepcionalidade da concretização da reação punitiva é, ao contrário, uma das regras básicas da atuação do sistema penal, baseando-se a lógica de seu funcionamento na seleção de um ou outro autor de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores da lei, de “cidadãos de bem”.

A excepcionalidade da reação punitiva, que constitui uma condição da própria existência deste sistema concretizador do poder punitivo do Estado, implica, mais do que na ineficácia, na injustiça que lhe é inerente e que acaba por produzir,

direta ou indiretamente, um enorme volume de violência.

Provocando o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que vão cumprir o papel de criminosos, o sistema penal faz destes poucos selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, assim, como um poderoso realimentador da criminalidade, isto quando não é a própria reação punitiva a criadora da criminalidade e da violência por ela gerada, como ocorre em relação à chamada criminalidade de negócios ilícitos, em que o processo de criminalização, produzindo a ilegalidade do mercado de determinados bens e serviços de grande demanda, igualmente produz a inserção nesse mercado de grandes organizações criminosas e da conseqüente violência que, por esta condição de ilegalidade, necessariamente acompanha tal modalidade de atividade empresarial (é o caso, p. ex., da produção e comercialização de drogas ilícitas).

A idéia de pena, de afastamento do convívio social, de punição, se assenta no maniqueísmo cômodo e simplista, que divide as pessoas entre boas e más: o criminoso carrega o estigma do “mau”, do “outro”, do “diferente”,² o que cons-

2. V. a respeito o ensaio de Hans Magnus Enzensberger, “Reflexões diante de uma Vitruviana”, in *Rev. USP*, n. 9, São Paulo, março/maio 1991, pp. 9-22, especialmente seus comentários a respeito dos sentimentos coletivos de necessidade da identificação de culpados e de alívio com a condenação, que, vista como o reconhecimento da culpabilidade, gera a sensação de inocência para aqueles que não foram condenados. Mostra Enzensberger que “para o indivíduo, a condenação de um outro — de modo geral um criminoso é sempre considerado como este “outro” — equivale a uma prestação de contas. Quando se é culpado, se é castigado. Portanto, quando não se é castigado, se é

titui um dos mais relevantes fatores a permitir e alimentar a violência punitiva realizada fora do direito — a repressão informal, dirigida contra aqueles que, assemelhando-se à clientela do sistema penal, são vistos como supostos criminosos ou suspeitos.

Produz-se, neste campo, um processo semelhante ao que alimenta a repressão política das ditaduras, em que a idéia de que é preciso manter a ordem, aqui se traduz na idéia de que é preciso combater o crime, gerando todo tipo de violência — da tortura ao extermínio — nas ditaduras, contra os dissidentes, e, nas democracias mais ou menos reais, contra os “delinqüentes”, vistos como os inimigos, os “perigosos”, os que devem ser segregados ou eliminados, para que supostamente se restabeleça a paz, para que se imagine alcançar as almeçadas tranquilidade e segurança.

As próprias características de irracionalidade e seletividade na intervenção do sistema penal já fazem com que toda manifestação do poder punitivo do Estado seja dotada de violência.

Esta violência, porém, se acentua, quando se vive, como hoje no Brasil, um clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da criminalidade, a provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão, uma obsessão por segurança, clima característico das chamadas campanhas de lei e ordem, cuja intensificação vem se dando nos últimos anos.

Coincide este clima com o aprofundamento do antigo e grave processo de deterioração econômica e social que atravessa nosso país. E, de fato, épocas de deterioração econômica e social caracte-

inocente (...) Quanto mais aumenta a culpabilidade coletiva, mais seus encadeamentos são difusos, mais anônimas e invisíveis as suas fontes, mais se torna urgente levar o peso a indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis”.

rizam-se por maior repressão e mais castigo — e não, como se costuma imaginar, por mais delitos.³ São épocas que exigem o desvio das atenções, para, focalizando-as na criminalidade, ocultar outros fatos mais danosos, minimizando outros fenômenos mais violentos, como, hoje ocorre no Brasil, com a fome, a desnutrição, as submoradias, a falta de saneamento, a caótica situação da saúde pública, as sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e sustentáculos das desigualdades. São épocas propícias e necessárias à demonstração do terrorismo oficial, para, reprimindo a criminalidade e, assim, a suposta violência, prevenir reações mais conseqüentes e transformadoras. Francisco Delgado Rosales mostra como, nestas épocas de crise, o Estado estaria interessado em demonstrar sua presença repressiva, em uma espécie de grande teatro do terrorismo oficial, que seria preventivo não propriamente de delitos, já que a repressão nunca se mostrou eficaz para prevenir delitos, mas sim de grandes conflitos sociais iminentes.⁴ Pense-se, hoje no Brasil, no crescente apelo a uma intervenção do Exército no combate à criminalidade, claro mas pouco percebido exemplo deste teatro preventivo de conflitos sociais transformadores.

A desumanidade e os riscos ao Estado de Direito, embutidos no apelo e no aplauso à maior repressão penal, são os acompanhantes necessários das campanhas de lei e ordem.

Em nome do desejado maior rigor penal, permite-se e incentiva-se o desvio

3. V. a respeito o art. de Dario Melossi, “El derecho como vocabulario de Motivos: Índices de Carcelación y Ciclo Político-Económico”, in *Poder y Control*, n. 3, Barcelona, PPU, 1987, pp. 49-64.

4. In *Inseguridad Ciudadana en Venezuela* (1983-1986). Una Perspectiva Crítica del Control Social, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1988.

de princípios inerentes ao Estado de Direito: produzem-se e aplicam-se leis, que, à semelhança das legislações excepcionais criadas para a repressão política das ditaduras, se caracterizam pela violação de princípios de um direito penal minimamente garantidor, pelo claro desrespeito a normas constitucionais, sem que sofram maiores questionamentos quer por parte da sociedade, quer por parte dos operadores jurídicos.⁵

A violência punitiva, exacerbada pelo clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da criminalidade, não se limita, porém, ao exercício do poder punitivo do Estado, expandindo-se para além da repressão formal do sistema penal (com seu, ainda que indireto, incentivo). Pense-se, também hoje no Brasil, nas toleradas e até aplaudidas manifestações da repressão informal, causadoras do genocídio silencioso e cotidiano de que são vítimas as crianças, adolescentes e adultos brasileiros, que, pobres, mal vestidos, não brancos, excluídos e marginalizados — tanto quanto os que recebem as penas impostas pelo sistema penal — são vistos como supostos criminosos ou suspeitos, “perigosos delinquentes” a ameaçar a tranqüilidade e a segurança dos ditos “cidadãos de bem”.⁶

5. Um dos mais claros exemplos de leis desta natureza é a Lei 8.072/90 — a chamada lei dos crimes hediondos — que, mais do que ter sua aplicação inquestionada, costuma ter reivindicada sua extensão a outros delitos nela não contemplados.

6. Dados oficiais registram, somente em São Paulo, no período de 1982 a 1992 (incluindo os 111 presos mortos no massacre do Carandiru), 7.188 supostos criminosos ou suspeitos mortos pela Polícia Militar, elevado número que se torna ainda mais impressionante, quando se toma, p. ex., o ano de 1991, em que o número destes mortos pela Polícia Militar — 1.171 — chegou a atingir 1/4 do total de homicídios dolosos registrados naquele ano em São Paulo. Estatísticas divulgadas em relatório da “Human Rights Watch/Americas” apontam, ainda, 5.644

De outro lado e paralelamente às campanhas de lei e ordem, surgem ilusórias e ingênuas reivindicações de setores mais conscientes e progressistas, que, incapazes de perceber a natureza perversa, seletiva e opressora do sistema penal, se deixam seduzir por suas falsas soluções, pedindo a mesma reação punitiva em relação à criminalidade vinculada ao exercício abusivo do poder econômico e do poder político — a chamada criminalidade dourada.

Esquece-se que a posição política, social e econômica dos autores de tais condutas lhes dá imunidade à persecução e à imposição da pena, ou, na melhor das hipóteses, lhes assegura um tratamento privilegiado por parte do sistema penal. A retirada da cobertura de invulnerabilidade dos membros das classes dominantes só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitem o sacrifício de um ou outro responsável por fatos desta natureza, que colida com o poder maior, a que já não sirva. Com frequência, quando chega a haver alguma punição, esta acaba recaindo sobre personagens subalternos.⁷

Não se percebem determinadas características básicas do sistema penal, que o tornam particularmente ineficaz no enfrentamento da criminalidade dourada. A própria idéia de crime está vinculada à criminalidade convencional, às ações individualizadas características das formas tradicionais de delitos dirigidos contra bens jurídicos individuais, que atraem maiores preocupações, entre outros fatores, porque são mais facilmente percebíveis, estando mais ligados à noção de

crianças e adolescentes mortos no Brasil, no período de 1988 a 1991, vítimas das diversas modalidades da repressão informal.

7. V. a respeito as observações de Zaffaroni, (op. cit., p. 113), a demonstrar que o fim da invulnerabilidade dos poderosos não seria menos utópico do que o fim do sistema penal.

segurança, que é vista de uma forma individualista.

Mas, fundamentalmente, o que se esquece é que os autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes, que, sendo presos, processados ou condenados, vão ser identificados e, assim, vão passar a desempenhar o papel de criminosos, são objeto de uma seleção. E, vivendo-se numa sociedade capitalista, esta seleção, naturalmente, há que obedecer à sua regra básica, ou seja, a desigualdade na distribuição de bens: trata-se aqui de um atributo negativo — o *status* de criminoso — que, necessariamente, deve recair de forma preferencial sobre os membros das classes subalternizadas, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes.

A excepcional imposição de pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum criminoso enriquecido e, assim, identificado como poderoso), na realidade, só serve para legitimar o sistema penal e ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução da desigualdade e da exclusão características da sociedade capitalista.⁸ Sendo a pena, em essência, manifestação de poder — e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista — é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.

Ignorando esta essência da pena, desejando e aplaudindo as raríssimas prisões de um ou outro poderoso, até mesmo quando estas prisões se dão em detrimento de princípios garantidores inerentes ao Estado de Direito, os se-

8. Pense-se, p. ex., no sistema penal dos EUA, que, permitindo e divulgando algumas prisões de criminosos de “colarinho branco”, facilmente encobre sua realidade racista, sua verdadeira função de controlar e estigmatizar os excluídos da sociedade norte-americana.

tores mais conscientes e progressistas, com suas ilusórias e ingênuas reivindicações criminalizadoras, acabam por permitir o recrudescimento das campanhas de lei e ordem, indiretamente contribuindo para o avanço do perigoso processo de afastamento daqueles princípios garantidores essenciais à contenção da violência punitiva formal ou informal.

2. Aplicação da pena e controle da violência punitiva

Neste quadro de intensificação das campanhas de lei e ordem, de apelo e aplauso à repressão penal, mais urgente se torna a necessidade de uma nova atuação da Justiça Criminal, que, a partir de uma compreensão crítica da função judiciária e da democratização do exercício de tal função, caminhe na contramão do discurso e da prática dominantes, de forma a dar um conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva.

O momento da aplicação da pena (etapa do processo de criminalização secundária) é decisivo. A violência punitiva já se faz presente pela própria imposição deste instrumento de realização do poder punitivo do Estado, caracterizado pela irracionalidade e pela dor — aquele sofrimento órfão de racionalidade, que atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização. Mas, para além das conseqüências individuais, é, neste momento da aplicação da pena, que se dá uma das mais significativas atuações do sistema penal, em sua função de manutenção e reprodução do poder de classe do Estado, de manutenção e reprodução das relações de dominação e exclusão.

É com a aplicação da pena que formalmente se efetiva a distribuição do

status de criminoso,⁹ imposto àqueles indivíduos que, sendo condenados, notadamente à pena privativa de liberdade, passarão a ser oficialmente distinguidos dos demais, construindo-se e propagando-se a partir de seu perfil a imagem do criminoso e a conseqüente identificação dos perigosos, dos maus, dos inimigos. Seleccionados preferencial e necessariamente entre os membros das classes subalternizadas, são esses condenados separados de suas próprias classes de origem, que, voltando-se contra eles, têm desviada sua atenção de seus inimigos estruturais, sofrendo, por outro lado, o mesmo estigma que, a partir do perfil daqueles, leva à identificação de tais classes como classes perigosas.

Os mecanismos ideológicos e políticos que ocultam o caráter de classe do Estado capitalista atuam mais intensamente quando se trata do Poder Judiciário. A função judiciária aparece como o poder não-político do Estado, cuja atuação tem como principal característica a imparcialidade do juiz, como pessoa neutra, desinteressada do litígio, que se coloca numa posição superpartes e decide tecnicamente. A atuação determinada pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, característica das categorias pertencentes ao aparelho de Estado, se acentua no caso do Poder Judiciário, pois ao condicionamento decorrente desta sua integração ao aparelho de Estado, vêm se somar, de um lado, uma equivocada concepção de independência, a provocar o isolamento e o distanciamento do juiz, a torná-lo indiferente à dinâmica das lutas travadas na sociedade, às tensões que nela ocor-

9. Na realidade, a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva, bem como o próprio *status* de criminoso, já se manifestam antes mesmo da imposição formal da pena, a partir do simples contato com o sistema penal. O objetivo deste trabalho, porém, se limita ao exame de algumas questões relativas ao momento da aplicação da pena.

rem, às divisões que nela se formam, e, de outro lado, a própria condição profissional, a idéia de alta função social, a fazer com que o juiz se veja ocupando uma posição considerada superior na sociedade, o que contribui para afastá-lo das classes subalternizadas e adotar mais fortemente como seus os valores e interesses das classes dominantes.¹⁰

Dar ao Direito Penal um conteúdo ético, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva, significa enfrentar estes condicionamentos políticos e ideológicos, superando o modelo do juiz "asséptico", robotizado, "escravo da lei", reproduzidor do discurso e da prática dominantes, para, em primeiro lugar, reconhecer e afirmar a inquestionável natureza política da atuação do Poder Judiciário: todo exercício de poder estatal tem conteúdo político.

Reconhecido este conteúdo político, podem-se definir objetivos, delineando-se o sentido do exercício do poder contido na função judiciária, de forma a direcioná-lo para um outro caminho, que o coloque a serviço da dignidade da pessoa humana, que o comprometa com as lutas pela transformação social, pela superação da desigualdade e da exclusão, conseqüentemente, tornando-o um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

A atuação da Justiça Criminal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena,¹¹ deve ser pautada por

10. V. a respeito o ensaio de Roberto Bergalli, "Jueces e Intereses Sociales en Argentina", in *Crítica a La criminología*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 245-265.

11. Trabalham-se aqui com objetivos imediatos, compreendida a falta de poder das agências judiciais para abolir a reação punitiva e substituí-la por reais e menos perniciosos mecanismos de solução de conflitos, na linha sustentada por Zaffaroni, que mostra ser a atuação desejável e possível da Justiça Criminal, no momento presente, análoga à da Cruz

um exercício de poder que limite ao máximo os efeitos perversos, a intensidade e a extensão daquele irracional (e, já por isso, violento) instrumento de realização do poder punitivo do Estado.

Dar um conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva, significa condicionar sua aplicação à sua função garantidora, entendidas as garantias penais como os princípios que servem para limitar a irracionalidade do exercício do poder punitivo. A autonomia relativa do Estado capitalista permite a incorporação de normas que positivamente conquistadas das classes subalternizadas, como ocorre com as normas consagradoras de direitos fundamentais, traduzidas em alguns princípios e regras constitucionais. Tais normas devem ter sua prevalência afirmada, superando-se o tradicional isolamento entre o enunciado geral dos princípios e regras constitucionais e sua aplicação aos casos concretos, superando-se as interpretações pouco desenvolvidas, presas a um acentuado positivismo jurídico, que acabam por atrelar o juiz ao direito infraconstitucional.¹²

A atuação política da Justiça Criminal, orientada no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e re-

Vermelha Internacional, que enfrenta limitações semelhantes, diante da mesma falta de poder para abolir a guerra (op. cit., pp. 239-242).

12. Como lembrou o Des. Alberto Silva Franco, em intervenção feita no Seminário "Operação mãos Limpas", promovido pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, em ag./93, em São Paulo, o "déficit interpretativo" que costuma se manifestar na prática das agências judiciais retira o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional, acabando por desprezar direitos fundamentais a dano do cidadão (v. a transcrição de sua intervenção no Boletim do IBCC n. 8, de set./93).

dução da violência punitiva formal ou informal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, há que se direcionar fundamentalmente no sentido de dar aplicabilidade efetiva àqueles garantias penais, fazendo-as valer direta e imediatamente contra leis ordinárias e mecanismos outros que as negam ou restringem.

2.1 Aplicação da pena e princípio da culpabilidade

A constatação da impossibilidade de demonstração do conteúdo da culpabilidade, a partir da impossibilidade mesma de afirmação do que seria um seu pressuposto — o livre arbítrio (ainda que atenuadas as tradicionais concepções que supunham um homem de qualidades gerais absolutas, fora de tempo e lugar e, portanto, irreal e metafísico), trouxe grandes preocupações dogmáticas, levando a uma crise do conceito de culpabilidade, como fundamento e limite da pena, crise esta evidenciada nas tentativas de abandono de seu caráter de reprovabilidade (no sentido de poder atuar de outro modo) e de introdução em seu âmbito de critérios político-criminais de caráter eminentemente funcionalista.

As exigências de investigação da necessidade da pena, surgindo seja como um critério substitutivo da culpabilidade (o que não se compatibiliza com a garantia das liberdades individuais), seja como um critério adicional ao juízo de culpabilidade (o que traz um aspecto positivo, por poder se constituir em um limitador a mais ao poder punitivo), marcaram basicamente esta crise.

Discutir e procurar saídas para esta crise não parece relevante, até porque, na realidade, o que aqui se manifesta é muito mais a própria crise de legitimação do Direito Penal, derivada da irracionalidade do poder punitivo do Estado.

Reconhecida esta irracionalidade, o que efetivamente importa na consideração do

princípio da culpabilidade no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, dentro da busca de uma atuação política da Justiça Criminal que se paute por um exercício de poder redutor da violência punitiva, é a afirmação de sua função garantidora, ou seja, a função de delimitar o poder punitivo do Estado, fixando parâmetros mais rígidos para sua intervenção.

Neste sentido, a culpabilidade, como juízo de reprovação que se faz ao autor pela prática do injusto, juízo este fundamentado na possibilidade exigível de motivação pela norma, ainda deve ser erigida como critério básico para a determinação da pena no caso concreto, determinação esta que envolve o trabalho jurisdicional de eleição da espécie de pena (quando se têm cominações alternativas), de sua graduação dentro dos limites legais e dos mecanismos de sua execução.

Naturalmente que, para exercer sua função garantidora, a culpabilidade só pode ser entendida como culpabilidade pelo fato realizado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), único entendimento, aliás, constitucionalmente admissível.

Vinculando-se à dignidade da pessoa humana — fundamento da República, consagrado no art. 1.º, inc. III da CF — o princípio da culpabilidade, como culpabilidade pelo fato realizado, deriva do próprio princípio da legalidade, que traz na necessidade de prévia e determinada descrição do fato punível o significado substancial de possibilitar o conhecimento da proibição de uma conduta, de forma a autorizar a exigibilidade de sua não realização.

Implicando no reconhecimento das capacidades de eleição entre valores e de atuação conforme um sentido valorante, o princípio da culpabilidade impede que se reprove alguém por uma eleição que não pode fazer ou que se o reprove quando não pode exercitar sua capacidade de eleição, pois tal reprovação seria

evidentemente lesiva à dignidade da pessoa humana.

A análise destas capacidades de eleição entre valores e de atuação conforme um sentido valorante, de uma forma concreta e não abstratamente baseada no livre arbítrio, implica na consideração das oportunidades e do espaço social dados ao agente como medida da exigibilidade de não realização da conduta proibida (o poder atuar de outro modo), reconhecendo-se, portanto, que àqueles que têm escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, por suas condições de subalternização, marginalização e exclusão, menos exigível é o comportamento conforme a norma, menor, portanto, devendo ser a reprovabilidade pela realização de condutas conflituosas ou socialmente negativas.

Diferenciando-se radicalmente da visão ligada à culpabilidade de autor (predominante na prática das agências judiciais), a concepção da culpabilidade pelo ato — repita-se, a única constitucionalmente admissível — impõe a consideração da personalidade do agente tão somente no que se refere ao fato realizado, implicando unicamente na investigação do maior ou menor âmbito de autodeterminação que esta personalidade, determinada por circunstâncias diversas, lhe deixou para atuar de outro modo.

Adicionando-se à personalidade, os antecedentes, conduta social, e motivação, circunstâncias que estabelece a regra do art. 59 do CP devam ser consideradas na determinação da pena, têm, como aquela, estreita relação com a culpabilidade, devendo assim também ser vistas em sua repercussão no âmbito de autodeterminação do agente na realização da conduta proibida, a tornar mais ou menos exigível o atuar de forma diversa.

Uma nova atuação da Justiça Criminal, que rompa com a prática pautada pela razão e pela lógica do poder de classe do Estado, há que romper com a tendência dominante que se manifesta na aná-

lise destas circunstâncias. Ao contrário do que se costuma considerar, circunstâncias como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, visto como evidenciadores de má conduta social ou de maus antecedentes, a exigir pena maior, constituem-se, na realidade, em circunstâncias que, tornando mais escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, fazem menos exigível o comportamento conforme a norma, conseqüentemente impondo uma menor medida da pena, correspondente à menor culpabilidade pelo ato realizado.

Não se está, aqui, avançando no sentido de propor a adoção da culpabilidade pela vulnerabilidade.¹³ Certamente, seria demasiado, diante da constatação de que a prática dominante das agências judiciais no Brasil, neste tema da aplicação da pena, sequer conseguiu se desvencilhar de uma notória, embora não explicitamente admitida, adesão à autoritária e constitucionalmente incompatível concepção da culpabilidade como culpabilidade de autor.

Aqui se postula apenas uma nova atuação da Justiça Criminal, ainda nos limites de um Direito Penal liberal, limites estes que, em nome do generalizado desejo de punição, da ilusória e perversa obsessão pela segurança, parecem cada vez mais distante. Aqui se postula apenas uma nova atuação da Justiça Criminal orientada para a aplicabilidade efetiva das garantias penais constitucionalmente asseguradas, o que já se constituiria em enorme avanço no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação,

13. Sobre a culpabilidade pela vulnerabilidade, superando e abarcando a culpabilidade pelo injusto, proposta por Zaffaroni como limite para a legitimidade da resposta criminalizante das agências judiciais, veja-se sua exposição às pp. 264-288 da obra já aqui citada.

controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

2.2 Aplicação da pena e reincidência

O princípio da legalidade, como o princípio da culpabilidade dele derivado, assentados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1.º, inc. III da CF), impõem a afirmação de que se torna insustentável a manutenção do instituto da reincidência, quer para o fim de agravação da pena, quer em seus efeitos de impedir a substituição da pena privativa de liberdade ou a suspensão condicional de sua execução, em crimes de tipos dolosos, e impor o cumprimento inicial daquela pena em regime fechado.

A inclusão da reincidência entre as circunstâncias que agravam a pena aplicável já se contradiz com a própria essência da categoria em que se inclui: não dizendo respeito ao fato examinado, não pode a reiteração delitiva ser entendida como uma circunstância, que significa uma particularidade, um acidente, a acompanhar determinado fato ou situação.

Nenhum dos argumentos, que procuram fundamentar o instituto da reincidência, consegue esconder sua irracionalidade, seu comprometimento com o autoritarismo, sua incompatibilidade com princípios inerentes a um Estado de Direito.

Tentando dar roupagem mais elaborada a tal fundamentação, a teoria da duplicidade de normas, segundo a qual todo tipo teria duas normas — uma que proíbe a conduta típica e outra que impõe a abstenção de cometer outros delitos no futuro — além de não conseguir esconder seu artificialismo, deixa claro seu parentesco com doutrinas de segurança nacional. Cria-se um segundo bem jurídico traduzido na mera vontade estatal, em um autoritário suposto direito do Estado à obediência, a evidenciar a

manifesta inviabilidade de sua convivência com um Estado de Direito.

As concepções tradicionais, mais frequentemente acenadas na tentativa de fundamentação da reincidência, sustentando que condenações anteriores devem ser consideradas como agravantes, por se expressar na reiteração delitiva “uma elevação da intensidade criminoso”, “uma acentuada inimizade com o Direito”, “um desprezo permanente contra os bens jurídicos”, a agravar a culpabilidade, trazem, em sua adesão à culpabilidade de autor, a pretensão de estabelecer a reprovabilidade não sobre a conduta, mas sobre a pessoa do agente, punindo-o pelo que é e não pelo que fez, reduzindo, assim, o delito a um sintoma da personalidade e fazendo com que sua repressão recaia sobre esta personalidade.

Como também tradicional caminho positivista que aponta para uma maior periculosidade do reincidente, estes argumentos que giram em torno do maior grau de culpabilidade, rompem com o próprio princípio da igualdade.

A afirmação de periculosidade, além de, em última análise, não passar de uma ficção, implica numa classificação das pessoas, em que se distinguem entre “perigosos” e “não-perigosos”, uns superiores e outros inferiores, a receber distintos tratamentos. E o princípio da igualdade, vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana, impede tal distinção, igualmente impedindo regras discriminatórias.

A dignidade é um valor concreto atribuído a todo ser humano, estendendo-se a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* jurídico (não-delinquente ou delinquente, reincidente ou primário). Não pode, assim, no momento da aplicação da pena, o autor de um determinado fato ser visto de forma desigual ao autor de fato análogo, impondo-se a ele a posição de inferior, porque supostamente “perigoso”, ou dando-lhe um tratamento distinto, porque apresentaria um traço dife-

rente em sua personalidade.

Nenhuma pena pode ser imposta pelo que se é. Quando o Estado pretende julgar o ser de um homem, como ocorre quando se faz qualquer concessão à culpabilidade de autor, a dignidade da pessoa humana está irremediavelmente violada, quebrando-se a intangibilidade da consciência moral desta pessoa.

Mas, além disso, é manifesta a desvinculação com a realidade destas concepções tradicionais da reincidência, que apelam para a não consideração de uma suposta função de advertência das condenações anteriores, pelo agente que, voltando a delinquir, estaria apresentando aquele traço diferente em sua personalidade, a evidenciar “sua inimizade com o Direito”, a demonstrar uma motivação mais fortemente contrária à norma. Advertindo para a influência predominantemente negativa em geral exercida pela execução das penas privativas de liberdade, Stratenwerth lembra as palavras de Henke, que, há mais de 150 anos, se levantava contra os clichês, já utilizados naquela época, de que a reincidência demonstraria “uma grande obstinação contra a lei”, mostrando que o papel do próprio estabelecimento penal, onde frequentemente o preso piora ao invés de melhorar, e a situação de abandono em que, em regra geral, se vê ao ser posto em liberdade, deveriam ser seriamente consideradas.¹⁴

Na realidade, os argumentos em que se baseiam as concepções tradicionais, para apontar o maior grau de culpabilidade do reincidente, contradizem as próprias finalidades, que seus defensores costumam atribuir à pena: se, com o cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma,

14. “Culpabilidad por el Hecho y Medida de la Pena”, in *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 59-60.

o que se demonstra é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência nesta mesma reação punitiva.

De fato, é a própria reação punitiva, poderoso fator de influência no comportamento futuro daqueles que sofrem a imposição da pena: quanto mais reiterado o contato com o sistema penal, maior o impulso do processo de criminalização, que acaba por se tornar irreversível. A intervenção do sistema penal, com seus efeitos deteriorantes e estigmatizantes, fixa papéis criminais e condiciona o comportamento futuro daqueles que, presos, processados ou condenados, vão desempenhar este papel de criminoso.

Como mostra Zaffaroni, em Relatório apresentado, como representante da AIDP, no Encontro das Quatro Grandes Associações, por ocasião do Congresso de Prevenção do Delito das Nações Unidas, realizado em Havana, em 1990,¹⁵ o suposto maior dano político ou mediato do segundo delito, a presumida maior probabilidade de um novo delito ou a pretensa maior perversão da personalidade do autor reincidente, na realidade, poderiam ser atribuídos ao próprio Estado, enquanto efeitos da intervenção punitiva anterior, de forma que o que poderia sim haver na reincidência, seria, em geral, uma menor culpabilidade, em função da redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado.

Mais importante, porém, é que nenhum dos argumentos levantados na tentativa de fundamentação da reincidência consegue se sobrepor ao fato incontestável de que o agravamento da pena de um delito

15. O texto deste Relatório está publicado, sob o tít. “Reincidência: Um Conceito do Direito Penal Autoritário”, no *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 6 (Instituto de Estudos Jurídicos, Rio, 1993, pp. 49-60).

(seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), em função de um outro delito anteriormente praticado e pelo qual seu autor já foi apenado, constitui uma aberta violação do princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Esta proibição de dupla valoração fática, que constitui o clássico princípio do *ne bis in idem*, sustenta-se no próprio princípio da legalidade, que, trazendo em seu conteúdo também a finalidade de garantir uma segurança jurídica concreta, não pode conviver com formulações normativas que levem em conta, por mais de uma vez, um mesmo pressuposto fático.¹⁶

Nada mais sendo do que uma nova reprovação ao delito anterior, a aplicação do *plus* de gravidade da pena (seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), decorrente do reconhecimento da reincidência, constitui intolerável afastamento de princípios e regras constitucionais, devendo, assim, ser rechaçado numa nova atuação da Justiça Criminal, pautada por um exercício de poder que faça do exercício da função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva.

Como ressalta Zaffaroni, no Relatório citado:

“Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num *bis in idem*; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da

16. V. a respeito do princípio do *ne bis in idem* nota de Alberto Silva Franco sobre os novos significados do princípio da legalidade, in *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1994, pp. 29-30.

comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus humanistas; um instituto como este *deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal*" (grifos no original).

2.3 Aplicação da pena e regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

A determinação da pena no caso concreto envolve, como já mencionado, além da eleição da espécie de pena (quando se têm cominações alternativas) e de sua graduação dentro dos limites legais, a indicação dos mecanismos de sua execução.

A reforma da Parte Geral de nosso Código Penal, introduzida em 1984, alargando as possibilidades de incidência dos regimes aberto e semi-aberto, ao disciplinar os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, manteve, porém, a — pelo acima exposto — insustentável regra que dispõe que o reincidente, qualquer que seja a quantidade da pena imposta, deverá sempre se submeter à sua execução inicial em regime fechado. Aqui, além das objeções já formuladas, vale indagar qual seria a lógica que impõe a equivalência da situação de alguém condenado mais de uma vez, p. ex., por furto simples (delito cuja escassa lesividade só pode ser negada por quem assumidamente defenda a proteção à propriedade privada como objetivo maior da lei penal) como a de alguém condenado por um homicídio qualificado, que, necessariamente recebendo pena superior a 8 anos de reclusão, igualmente terá que cumprir tal pena, de início, em regime fechado?¹⁷

17. V. a esse respeito as observações de Alberto Silva Franco em seu trabalho "Penas Privativas de Liberdade", in *Temas de Direito Penal-Breves Anotações sobre a Lei n. 7.209/84*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 118.

De todo modo, mesmo este limitado avanço trazido com a reforma de 1984 sempre enfrentou a resistência das agências judiciais aos regimes mais brandos, fazendo com que a imposição do regime fechado continuasse a ser a regra, a sustentar uma prática reforçadora da prisão como centro do sistema penal. O Censo Penitenciário, realizado no Estado do Rio de Janeiro, quase 4 anos depois da reforma da Parte Geral do CP, constatou que, não obstante 46,2% dos apenados fossem primários e mais da metade do total de internos (56,8%) tivessem recebido condenações a penas inferiores a 8 anos, 84,6% da população carcerária do Estado do Rio de Janeiro cumpria suas penas em regime fechado, cuja maior nocividade na afirmação dos efeitos do encarceramento, da deterioração e do estigma é evidente.

A esta tendência da Justiça Criminal de impor punições desmedidas, ignorando a necessária vinculação dos mecanismos de execução da pena aos mesmos critérios que presidem os demais momentos da determinação da pena, veio se somar tendência legislativa, que, acompanhando a intensificação das campanhas de lei e ordem, produziu a Lei 8.072/90 e, com ela, a regra contida em seu art. 2.º, § 1.º que estabeleceu, para os crimes ali etiquetados de hediondos e os a eles assemelhados, a obrigatoriedade do integral cumprimento da pena em regime fechado.

Não obstante entendimento de corrente majoritária no STF, é clara a inconstitucionalidade de tal regra. Naturalmente, aquele entendimento majoritário não deve impedir, mas, ao contrário, estimular o questionamento da matéria, até porque nele refletido o já aqui mencionado "déficit interpretativo" que, retirando o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional, acaba por desprezar direitos fundamentais, reforçando a irracionalidade do poder punitivo do Estado.

Baseou-se aquele entendimento no argumento de que, deferindo a norma constitucional ao legislador ordinário a regulamentação dos crimes nela definidos como hediondos e competindo à lei ordinária fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena, não quis o legislador deixar, em relação aos crimes hediondos, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

O legislador ordinário pode até não ter querido — como, de fato, não quis — deixar ao juiz qualquer discricionariedade na fixação do regime prisional, em relação aos crimes etiquetados de hediondos e nos a eles assemelhados. Entretanto, assim não poderia agir. Tanto quanto as demais entidades públicas, está o legislador vinculado aos princípios e regras constitucionais. E, elevado o princípio da individualização da pena ao patamar de garantia constitucional (art. 5.º, inc. XLVI da CF), impossível se torna a imposição pelo legislador ordinário de regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, vedando a progressividade em sua execução.

O princípio da individualização da pena é garantia constitucional, que consolida direito fundamental do cidadão, relacionando-se com a tutela da liberdade individual, não podendo, assim, o legislador ordinário criar regra que obste a efetiva realização daquele princípio, pois a ele não se autoriza a restrição do conteúdo de direitos fundamentais.

Não pode haver dúvida de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, como a progressão no curso de sua execução, constituem aspectos essenciais de concretização do princípio individualizador, que se relaciona com o próprio princípio da legalidade, em sua função de garantia penal. O alcance do princípio da

legalidade se estende por toda a repressão penal, desde o primeiro momento em que o aparelho repressivo se movimenta até o momento em que a reação punitiva é concretamente executada. Como mostra Alberto Silva Franco,¹⁸ na função de garantia penal, a observância do princípio da legalidade traz a exigência de explicitação da quantidade de pena que, além de ser em concreto individualizada, deve sempre ser devidamente motivada, exigência esta de motivação que, por si, já não encontra compatibilidade com restrições genéricas e absolutas, em desconsideração às circunstâncias do caso concreto.

É exatamente em sua execução que a pena irá se ajustar mais concretamente à pessoa do condenado, encontrando aí seu mais significativo momento de particularização. A forma em que se desenvolve esta execução, quer a adotada de início, que a modificada em virtude da progressão, é, certamente, meio fundamental de realização do processo individualizador.

Nossa própria lei penal ratifica a afirmação de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é um dos aspectos fundamentais do princípio individualizador, ao remetê-la às mesmas circunstâncias que impõe sejam consideradas na determinação da natureza e da pena aplicável ao condenado (arts. 33, § 3.º e 59, inc. III do CP). Não bastasse isso, diz-se textualmente na Exposição de Motivos da Parte Geral do CP, que "cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório".¹⁹

18. Consulte-se seu trabalho "A Jurisdicionalização da Execução Penal", in *Temas...*, op. cit., pp. 95-106.

19. Lei 7.209/84 — *Exposição de Motivos*, item 50.

Mas, mais além do “déficit interpretativo”, a negar a clara inconstitucionalidade da regra que impõe a obrigatoriedade do regime fechado para o cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas aos condenados por crimes etiquetados de hediondos ou a eles assemelhados, tornam-se cada vez mais comuns pronunciamentos, em que, se sobrepondo ao próprio legislador ordinário, as agências judiciais explicitamente afirmam a impossibilidade de fixação dos regimes mais brandos, quando se acham diante de determinados delitos, que, sem qualquer base fática ou legal, consideram mais graves. Tal arbitrária e perigosa tendência, que, em relação ao delito de tráfico de drogas, existia antes mesmo da vigência da Lei 8.072/90, passa a se manifestar em relação ao delito de roubo, sob os argumentos de que se trata de crime grave, fazendo presumir a periculosidade do agente, e de que a sociedade se encontra alarmada com tal modalidade de criminalidade, que, assim, deve ser reprimida de forma mais severa, esquecendo-se, entre outras coisas, que a gravidade e a repressão a determinado delito são questões já consideradas pelo legislador, ao estabelecer as penas abstratamente cominadas.

A nocividade do encarceramento, da deterioração e do estigma, tanto mais presente quanto mais rigoroso o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda encontra campo propício para sua expansão na inércia e no desinteresse do Estado em criar condições objetivas para a concretização dos regimes mais brandos previstos na legislação.

Não obstante pareça cristalina a ilegalidade de uma situação em que se subtraí a alguém um direito, porque aquele que deve fornecer as condições para a concretização deste direito não as viabiliza, tal ilegalidade não é reconhecida quando se trata do direito do condenado a um regime mais brando, que deixa de se realizar por inexistência dos

estabelecimentos adequados legalmente previstos.

A exclusão da possibilidade de se colocar o apenado em situação mais favorável, quando inexistente estabelecimento adequado ao cumprimento da pena do regime fixado na sentença ou no regime a que o mesmo tenha direito em virtude da progressão, entendimento já adotado no STF, ainda que por escassa maioria, não se compatibiliza com a necessária incidência do princípio da legalidade, que, como já mencionado, se estende a toda a repressão penal, inclusive ao momento em que a reação punitiva é concretamente executada.

Suprimir garantias do condenado na execução da pena significa violar o princípio da legalidade. A forma de execução da pena há que obedecer ao que dispõe a lei concretizada em sua aplicação, sendo inaceitável que, por falta de meios que cabe ao Estado providenciar, se agravem as restrições inerentes à pena como imposta, desvirtuando-se seu conteúdo. Prevendo a lei que, atendidos determinados requisitos, tem o condenado o direito de cumprir a pena privativa de liberdade, p. ex., em regime aberto e assim sendo reconhecido tal direito por pronunciamento judicial, tem, conseqüentemente aquele condenado, em face do princípio da legalidade, a garantia de que a execução da pena que lhe foi imposta se fará de acordo com as regras que regem aquele regime, não podendo tal cumprimento se fazer em estabelecimento outro que não o que atenda às características legalmente identificadoras de uma casa de albergado. Se tal estabelecimento não existe, não pode o Estado transformar o conteúdo da pena imposta, para agravar as condições estabelecidas para seu cumprimento.

Se já é inaceitável que o Estado deixe de cumprir a lei que determinou a criação de casas de albergado para a concretização do regime aberto, muito mais inaceitável

é que se pretenda suprir tal descumprimento da lei, mediante o sacrifício do direito do condenado de ter acesso a condições mais favoráveis para o cumprimento da pena que lhe foi imposta, condições essas que a lei lhe garante. Se é o Estado quem deixa de cumprir a lei que determinou a criação de casas de albergado para a concretização do regime aberto, é este mesmo Estado quem tem que arcar com as conseqüências de tal descumprimento, visualizando-se como única solução compatível com o respeito aos direitos e garantias individuais a transformação do regime aberto em prisão domiciliar.

Ainda que a LP estabeleça, em seu art. 117, restrições para o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular (estabelecendo que tal recolhimento só será admitido, no caso de condenados maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, gestantes, ou com filho menor ou deficiente), é esta a solução que se impõe, representando tal alternativa de concretização do regime aberto a mais próxima da que seria a legalmente adequada. O que, de modo nenhum, pode subsistir, por violar a garantia de legalidade na execução, é a opção pelo regime mais rigoroso de cumprimento da pena. Entre as exigências de realização do poder punitivo do Estado e o respeito às garantias do cidadão, não pode haver dúvida de que, tratando-se de um Estado de Direito, são as garantias do cidadão as que devem prevalecer.

3. Conclusão

Certamente, muitas outras questões mereceriam ser objeto de análise no tema proposta neste trabalho. O decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena é campo bastante amplo, que não poderia se esgotar nos limites que aqui se impõem. Foram, assim, privilegiados

apenas alguns pontos, mais presentes no cotidiano da atuação da Justiça Criminal e, por isso mesmo, de relevante significado para a discussão de um novo direcionamento do exercício do poder contido na função judiciária.

A estrita vinculação com o princípio da culpabilidade, entendido, sem quaisquer concessões, na concepção de culpabilidade pelo ato, como critério básico para a determinação da pena no caso concreto; o necessário reconhecimento de que as condições de subalternização, marginalização e exclusão, especialmente as provocadas pelo próprio contato com o sistema penal, reduzindo o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, tornam menos reprováveis as condutas conflituosas ou socialmente negativas dos que a tais condições são submetidos; o imperativo abandono do instituto da reincidência como razão de agravação da pena, seja na quantidade, seja na forma de seu cumprimento; o rechaço dos mecanismos legais, políticos e ideológicos que negam ou restringem a efetivação de regimes mais brandos de execução da pena privativa de liberdade — aqui se têm pontos básicos para uma nova atuação da Justiça Criminal, que, caminhando na contramão do discurso e da prática dominantes, possa efetivamente torná-la um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

A democratização do exercício do poder contido na função judiciária implica em uma opção política de compromisso com a superação da história de desigualdade e exclusão, que caracteriza a sociedade brasileira. A materialização de um tal compromisso necessariamente passa por esta nova atuação da Justiça Criminal, que, voltada para a contenção da violência punitiva, se torne uma atuação de repúdio ao discurso mistificador e perverso de lei e ordem, de

apelo a penas mais rigorosas, de aplauso à repressão e ao castigo, uma atuação que, reafirmando sempre a necessidade de resgatar e fazer prevalecer os princípios de um Direito Penal garantidor, como necessidade mesma de preserva-

ção do Estado de Direito, se constitua em um passo no sentido do rompimento com a irracionalidade da reação punitiva, se constitua em um passo no sentido do rompimento com a cruel fantasia que sustenta o sistema penal.

DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

Advogada criminal. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Advogado criminal e Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo

1. Introdução — 2. O direito ao silêncio no direito comparado — 3. O silêncio no direito brasileiro; 3.1. Direito ao silêncio — Conceito e limitações ao exercício do direito ao silêncio no interrogatório; 3.3 A negativa como obstáculo ao pleno exercício do direito ao silêncio — 4. O direito ao silêncio; 4.1 Prisão em flagrante e direito ao silêncio; 4.1.1 Interrogatório no flagrante; 4.1.2 Conseqüências do desrespeito ao direito ao silêncio; 4.2 Interrogatório judicial e Direito ao silêncio; 4.2.1 Conteúdo do Interrogatório; 4.2.2 O direito ao silêncio no interrogatório judicial — 5. Conclusões — 6. Bibliografia.

“Há, no homem, um *território indevassável* que se chama consciência, e só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, por qualquer autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que motivo, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe *sacrilégio*” (Serrano Neves — *O Direito de Calar*. São Paulo, Freitas & Bulhões, p. 151).

1. Introdução

O conhecido adágio popular “quem cala consente”, pode encontrar certa ressonância nas normas de direito privado, mormente na esfera dos contratos, em que a manifestação tácita da vontade é, em geral, permitida (art. 1.079 do CC).¹

1. Os romanos afirmavam, por sua vez, que “quem cala nem sempre consente; mas é verdade que não nega”, cf. Digesto, 50, 17, 142, cit. por Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano, *Manual de Direito Romano*. 5.ª ed., RJ, Série Cadernos Didáticos, s/d, p. 63.

No campo processual penal não há como se admitir, a nosso ver, a nossa legislação, que o acusado, ou acusado, por desconhecimento da implicação de reconhecermos no decorrer deste “não significa confessar e não implica imputação. Também não é obrigado a dar respostas, mas tão-somente não pode fazer uso de uma faculdade de permanecer em silêncio por motivo de foro íntimo e não de prejuízos”.²

2. Cf. Sandeville, Lorete G. “O Direito ao Silêncio”, *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, de