

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE  
“CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO”

**LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO  
PODER PUNITIVO DO ESTADO**

Francisco Lozzi da Costa

Presidente Prudente/SP  
2014

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE  
“CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO”

**LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO  
PODER PUNITIVO DO ESTADO**

Francisco Lozzi da Costa

Monografia de Conclusão de Curso de Pós-Graduação apresentada como requisito parcial para obtenção de Grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob a orientação do Professor Dr. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente  
2014

# LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Francisco Lozzi da Costa

Monografia de Conclusão de Curso de Pós-Graduação apresentada como requisito parcial para obtenção de Grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

---

Orientador: Professor Dr. Florestan Rodrigo do Prado

---

Examinador;

---

Examinador:

Presidente Prudente, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2014

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”.

***Marcel Proust***

## **AGRADECIMENTO**

A DEUS que nos deu a vida e nos acompanhou nessa caminhada dando a motivação e ânimo para enfrentar as adversidades de cada momento.

Aos pais Serafim e Margarida por terem ensinado o caminho do bem.

À filha Isis e o filho Adriano pelo respeito e carinho pelos quais tratam seus pais.

À esposa Regina pela paciência e tolerância sempre procurando ajudar e contribuir para amenizar os momentos de dificuldades que a vida apresenta.

Ao Professor Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, coordenador do curso de direito da Faculdade Toledo de Presidente Prudente/SP, pelo apoio e incentivo à busca de novos conhecimentos.

Ao orientador Professor Dr. Florestan Rodrigo do Prado que possibilitou e ensinou o caminho para concluir o presente trabalho

## RESUMO

A Constituição Federal de um país é sempre um limitador das ações do próprio Estado que ela criou em favor dos seus cidadãos, no nosso caso de Brasil no qual a Constituição Federal criou em seu Art. 1º, um Estado democrático de direito, tem como decorrência desse Estado Democrático todos os princípios fundamentais do Estado brasileiro, estabelecendo como um dos principais parâmetros limitadores no mesmo artigo em seu inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana, referência principal quando o assunto tratado diz respeito aos princípios regentes das matérias penal, processual penal e de execução penal. Dentro da Constituição é que serão encontrados os Bens Jurídicos que vão necessitar de especial proteção penal do qual o legislador infraconstitucional vai desenvolver sua atividade legislativa e com respeito aos princípios balizadores estabelecidos serão impostos os limites de eventuais criminalizações, garantias na apuração como o devido processo legal e regras básicas quanto à imposição e cumprimento de penalidades quando houver ofensa ao bem jurídico protegido. Somente tendo em matéria Penal, Processual Penal e na fase da Execução Penal, quer seja na fase de polícia onde se previne a ação ou se apura transgressão ao bem jurídico protegido, na fase processual onde se busca a aplicação da pena correspondente à sua violação ou em posterior fase de execução a reprimenda estabelecida, o amplo respeito à dignidade da pessoa humana é que vai garantir o corolário maior da Constituição Federal que é o Estado Democrático de Direito, esteio principal que garante uma nação livre e verdadeiramente independente. Por fim deve ser sempre a Constituição a referência balizadora das ações do Estado, pois este foi introduzido por aquela e o respeito aos seus mandamentos é que vai proporcionar saber o verdadeiro alcance da sua disciplina e isto só dá com observância aos seus princípios fundamentais, que ganham especial relevância quando o assunto tratado é o Direito Penal, pelas próprias consequências que sua aplicação acarreta aos cidadãos.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Limites. Princípios regentes.

## ABSTRACT

The Federal Constitution of a country is always a limiting actions by the state itself, which she created for the benefit of its citizens , in our case of Brazil where the Federal Constitution created in its article 1 , a democratic rule of law , has as a result this rule of all the fundamental principles of the Brazilian State , establishing itself as one of the main limiting parameters in the same article on your section III the principle of human dignity , the main reference when the subject matter concerns the governing principles of criminal matters , procedural criminal and criminal enforcement . Inside the Constitution it will be found that the Legal Goods that will need special protection which the criminal infra legislature will develop its legislative and respect for the principles established hallmarks activity will tax the limits of any crimes, as collateral in calculating the due process and basic rules on the imposition and enforcement of penalties when there is injury to the legal interest protected. Only with a Criminal , Criminal Procedural matters and at the stage of Criminal Enforcement , either at the stage where it prevents police action or transgression clears the protected legal interest in the procedural stage where it seeks to apply the corresponding penalty for its violation or later stage in implementing the reprimand established , broad respect for the dignity of the human person is that will ensure the greatest corollary of the Federal Constitution which is the democratic state , mainstay that ensures a free and truly independent nation. Finally should always be the Constitution of the State's actions Buoy reference, since this was introduced by that and respect his commandments will you give to know the true scope of their discipline and this is with respect to its fundamental principles, we gain particularly relevant when the subject matter is the Criminal Law, by the very consequences that its application leads to citizens, principal leader of the standard major.

**Key-words:** Federal Constitution. Limits. Governing principles.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. NOÇÕES GERAIS</b> .....	13
<b>3. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL</b> .....	15
3.1. Princípios Regentes: Dignidade da Pessoa Humana Art. 1 III CF e Devido Processo Legal Art. 5º LIV CF. ....	18
3.2 Bem Jurídico Penal .....	19
3.2.1. Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade: art 5º CF .....	21
3.2.2. Moralidade da administração pública pela obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência art. 37 CF. ..	22
3.2.3. Meio ambiente, art. 225 CF .....	22
3.2.4. Direitos Difusos e Coletivos art. 5º LXXIII, 129, III CF .....	23
3.2.5 Proteção à Família, à Criança, do Adolescente, da Juventude e do Idoso, (art. 226 a 230 CF) .....	23
3.2.6 Defesa do Estado e das instituições, (estado de defesa art. 136, e estado de sítio, art. 137 CF). ....	24
3.3. Quanto à Norma Penal.....	24
3.3.1 Rigor penal .....	24
3.3.2 Moderação penal.....	25
3.4. Quanto ao Tipo Penal.....	25
3.4.1. Legalidade (reserva legal): (art. 5º XXXIX, 1ª parte CF) .....	25
3.4.2. Insignificância ou bagatela .....	29
3.4.3. Culpabilidade.....	30
3.4.4. Intervenção mínima e da fragmentariedade .....	30
<b>4. EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO BRASIL</b> .....	32
4.1. Princípio do devido processo legal (devido processo penal).....	34
4.2. Princípio da presunção de inocência .....	35
4.3. Princípio da ampla defesa.....	41
4.4. Princípio da plenitude de defesa.....	43
4.5. Princípio do contraditório.....	45
4.6. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	46
4.7. Princípio do juiz natural e imparcial consequencial da iniciativa das partes.....	46
4.8. Princípio da publicidade.....	47
4.9. Princípio da vedação da prova ilegal.....	48

<b>5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL</b> .....	51
5.1 Teorias da Pena .....	54
5.2. Princípio da Legalidade .....	57
5.3. Princípio da intervenção mínima .....	58
5.4. Princípio da humanidade .....	59
5.5. Princípio da pessoalidade .....	60
5.6. Princípio da individualização da pena .....	60
5.7. Direitos dos Presidiários na Constituição Federal de 1988 .....	62
5.7.1. Direito ao silêncio .....	62
5.7.2. Direito à integridade física e moral .....	62
5.7.3. Direito à assistência religiosa .....	63
5.7.4. Direito de petição .....	64
5.7.5. Direito à assessoria jurídica integral e gratuita .....	65
5.7.6. Direito à indenização por erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena .....	66
5.7.7. Entrevista pessoal e reservada com o advogado .....	67
5.7.8. Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direitos .....	67
5.7.9. Responsabilidade Civil do Estado .....	68
<b>CONCLUSÃO</b> .....	70
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	72
<b>ANEXO</b>	
Gestão do sistema penitenciário .....	74

## 1. INTRODUÇÃO

Dentro do tema tratado na presente monografia, elaborada como requisito para obtenção da Especialização na matéria de Direito Penal e Processual Penal foi inicialmente discorrido sobre aspectos gerais do próprio termo direito (*directus*) oriundo do latim que corresponde a uma ideia de ordenamento jurídico vigente em determinado lugar ou época, cujo complexo normativo válido é assegurado pelo respectivo poder público organizado, e imposto a todos como condição necessária à própria convivência social.

A evolução do Direito Penal no Brasil recebeu atenção em face do seu desenvolvimento a partir do ano de 1.500, quando do descobrimento do país, recebeu também a legislação imposta pelos colonizadores, passando pela independência e as diversas leis e Constituições que se seguiram, sempre registrando consideráveis avanços, como a abolição da pena de morte e do pelourinho, até chegar aos dias de hoje onde se observa um respeito maior às regras internacionais dos direitos humanos, sobretudo nos aspectos de elaboração da norma ou no **processo judicial**.

Há ainda considerável excesso na fiscalização e apuração das infrações à Lei Penal pelas forças de segurança do Estado em especial nos casos de mortes em confrontos poucos esclarecidos ou violência física na imposição da autoridade do Estado pelo temor e graves violações na execução da pena em presídios onde impera a superlotação, maus tratos, humilhações e o domínio de facções do crime como forma de “equilíbrio” do sistema, aspectos esses que revelam uma parcela de omissão do Estado no controle carcerário, no recrutamento e treinamento de seus agentes e, na edificação de instalações seguras que garantam àqueles que desrespeitaram as regras de convivência em sociedade, o respeito à sua dignidade como ser humano.

O Direito Penal como última “*ratio*” foi criado pela Constituição Federal como garantia aos bens jurídicos por ela estabelecidos, cuja aplicação se cinge ao respeito a uma série de princípios os quais têm como fim principal, garantir a dignidade do ser humano, ente principal dentro do Estado criado pela própria Constituição. Tais princípios estabelecidos em seu corpo e neste trabalho

considerado quanto à norma penal que estabeleceu um rigor maior para as infrações de maior gravidade e, moderação penal, para as violações do bem jurídico de menor gravidade e, quanto ao tipo penal, em especial os relacionados à Legalidade, Taxatividade, Irretroatividade e retroatividade benéfica da lei penal, Insignificância ou bagatela, culpabilidade, intervenção mínima e da fragmentariedade.

No Processo Penal, tendo como referência principal o devido processo legal, buscou-se tratar do tema sob os aspectos de sua evolução histórica dentro do Brasil, do descobrimento com a aplicação das regras do colonizador, até as atuais normas que norteiam o processo penal garantidor do Estado de Direito Democrático, cujos princípios subjacentes à sua alçada são tratados no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição Federal integrados em especial pelos princípios da Presunção da Inocência; Ampla defesa; Plenitude de defesa; e, aqueles princípios concernentes à relação processual como o do contraditório; duplo grau de Jurisdição; aqueles concernentes à atuação do Estado com relação ao Juiz natural e imparcial, consequencial da iniciativa das partes; publicidade dos atos processuais; vedação das provas ilegais; e, economia processual.

No tocante à questão da aplicação das penas aos infratores, da norma que foi introduzida no Brasil com o seu descobrimento (disciplina jurídica do povo colonizador - português), até os dias atuais as legislações sofreram considerável adaptação condizente com a evolução social do país, norteando na atualidade o regime a execução de penas os princípios regentes da Constituição Federal, além do Código Penal e da Lei de Execução Penal, em especial os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, pessoalidade, individualização da pena, além de outros direitos garantidos pela Constituição também, como a garantia da integridade física e moral, assistência religiosa, direito de petição, assessoria jurídica integral e gratuita, indenização por erro judiciário e por prisão, além do tempo fixado na sentença, entrevistar-se pessoalmente e reservadamente com seu advogado, representação e petição a qualquer autoridade em defesa dos seus direitos.

Fica ainda o Estado responsável civilmente por eventual dano acontecido ao preso como homicídio ou até mesmo suicídio, caso em que, tem sido obrigado a indenizar seus herdeiros.

## 2. NOÇÕES GERAIS

O termo direito origina-se do latim *directus*, o que é reto, conforme aceção verbal literal corresponde neste trabalho a uma ideia de ordenamento jurídico vigente em determinado lugar ou época, cujo complexo normativo válido é assegurado pelo respectivo poder público organizado, sendo imposto a todos os indivíduos como condição necessária à própria convivência social.

A partir do momento que o homem decidiu viver em sociedade para garantir a própria sobrevivência da espécie, para regular as relações entre as pessoas, numerosos princípios e regras foram surgindo e cuja validade foi sendo imposta e aceita como condição de manter a sobrevivência social. O ordenamento compulsório que constituiu o direito se formou ao longo dos séculos após lenta e trabalhosa evolução, cuja origem remota se perde na noite dos tempos, é necessário, para o perfeito entendimento do sistema jurídico vigente, estudar e conhecer as suas raízes históricas, sobretudo da ciência penal, a primeira que se tem notícia a regular as relações sociais, seus limites e fundamentos, ao longo dos tempos.

O ordenamento jurídico da sociedade organizada, muito embora se apresente como manifestação consciente da própria vontade humana, se funda em princípios básicos que ao longo dos séculos tem se fortificado e renovado, a despeito das contingências e virtudes de cada momento da história. Em sua constante e por vezes dificultosa evolução, foi se deparando com aperfeiçoamentos e por vezes retrocessos condenáveis, e, mesmo assim, o direito continua sempre buscando uma ordem social estável, justa e o equilíbrio entre os conflitos de interesses individuais ou coletivos do grupo a que se destina, havendo de se concluir pela existência de um direito natural, cujos princípios e valores são permanentes e imutáveis, os quais são inerentes à própria natureza humana e, assim, direito penal e humanidade de mãos dadas, caminham ao longo dos tempos numa eterna luta entre o bem e o mal, estes classificados numa ordem de valores morais e sociais pelos próprios membros da sociedade.

Com objetivo de conhecer suas raízes históricas, evolução e seus fundamentos de validade é que será feito um caminhar pelos tempos passados e

presente, da sua origem no Brasil até o surgimento dum sistema de garantias que defenda as pessoas do grupo da força do Estado e da ação entre si dos próprios membros do grupo.

Diante disso, no Estado constitucional de direito, a lei penal deve estar em relação direta com a norma constitucional, convergindo para o mesmo fim, o respeito à dignidade humana.

Segundo Zaffaroni e Pirangeli, (2007, p.121),

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Diante do princípio da supremacia da Constituição Federal na hierarquia das leis, o Direito Penal deve nela enquadrar-se, como o crime é um conflito entre os direitos individuais e a sociedade, é na Carta Magna que se estabelecem normas específicas para resolvê-lo de acordo com o sentido político da lei fundamental, exercendo-se assim influência decisiva sobre as normas punitivas (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 08).

Assim sendo pode-se iniciar por analisar a evolução história do Direito Penal brasileiro, até atingirem-se os limites constitucionais impostos ao poder punitivo do Estado no Brasil pela Constituição Federal, passando pelo Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal, foco de estudos deste trabalho.

### 3. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Com o descobrimento do Brasil em 1500 e início da colonização com a vinda da primeira expedição de Portugal, chefiada por Martins Afonso de Souza, por volta do ano de 1532 foram encontrados entre os indígenas certos tipos de ideias de Direito Penal ligadas aos costumes de cada tribo em face de seu nível de evolução cultural, encontrando-se nele aspectos da vingança privada, a vingança coletiva e o talião.

Vieira, (1965, p. 26), “citando Jean Delery em: ‘História de uma viagem à terra do Brasil’ menciona:

[...] os selvagens vivem com tanta paz e sossego que é coisa quase incrível e de envergonhar aos que por aqui consideram as leis divinas e humanas simples meios de satisfazer más inclinações. Se acontece brigarem dois índios, o que é tão raro que em quase um ano de permanência no país só presencie duas vezes, os outros não procuram separá-los: deixam que se furem os olhos sem dar um passo. Mas, se um sai ferido, o ofensor é preso e recebe dos parentes da vítima ofensa igual no mesmo sítio do corpo onde a causou; e se a vítima morre, ou vem a morrer da ferida, o assassino também morre às mãos dos parentes dela. Olho por olho e dente por dente, lei alias que só de raro em raro encontra aplicação.

Na vingança privada a princípio, reação do indivíduo contra o indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado deste. O revide não guardava proporções com a ofensa, sucedendo-se, por isso lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo-se. (NORONHA, 2011, p. 20).

O Talião surgiu como parte da evolução social e um grande avanço na esfera do Direito Penal, que procurava limitar as ofensas a um mal idêntico praticado tendo como máxima o (sangue por sangue, olho por olho e dente por dente), sendo sua grande expressão o Código de Hamurabi (Babilônia), que se acredita foi escrito pelo rei Hamurabi, aproximadamente em 1700 a.C., sendo encontrado por uma

expedição francesa em 1901 na região da antiga Mesopotâmia correspondente a cidade de Susa, atual Irã.

No período em que o Brasil foi colônia de Portugal, estiveram em vigor no país as ordenações do reino: Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), substituída esta, pelo Código de D. Sebastião (até 1603) quando entraram em vigor em Portugal as Ordenações Filipinas, todas elas refletindo o direito dos tempos medievais.

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges<sup>1</sup>, apóstatas<sup>2</sup>, feiticeiros<sup>3</sup>. Eram crimes, a blasfêmia<sup>4</sup>; a benção de cães; a relação sexual de cristão com infiel, dentre outros. As penas cominadas aos crimes eram severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), tinham por fim incutir o temor pelo castigo, sendo também aplicada em larga escala a pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés<sup>5</sup>.

Dado marcante nesse período foi a chegada da força na cidade de São Paulo no ano de 1564, como símbolo de representante da justiça, veio a fazer parte do primeiro Código Criminal do Império e só foi abolida pela Constituição de 1891. Também não menos importante símbolo de justiça desse período foi o Pelourinho que teve sua implantação na cidade de São Paulo no ano de 1610 só sendo extinto pela Lei 3.310 de 1886 e se destinava a afixar avisos e editais da Câmara e expor os criminosos e escravos fugidos que teriam de ser castigados (VIEIRA, 1965, p. 127-131).

Com a independência do Brasil no ano de 1822 e elaboração de sua primeira Constituição em 1824, em seu artigo 179, inciso XVIII foi feita a previsão da necessidade de se elaborar um Código Criminal o que ocorreu em seguida, sendo em 16/12/1830 sancionado o Código Criminal do Império, de índole liberal, elaborado por iniciativa do Poder Legislativo, nele era fixado um esboço da individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos.

---

<sup>1</sup> Que professa doutrina contrária ao que foi definido pela Igreja como sendo matéria de fé.

<sup>2</sup> Que ou quem cometeu apostasia – abandono da fé de uma igreja.

<sup>3</sup> Aquele que faz feitiço; bruxo, mago e benzedores (aquele que benze).

<sup>4</sup> Palavras que ultrajam a divindade ou a religião

<sup>5</sup> Embarcações compridas e estreitas, de baixo bordo, com duas velas acessórias, mas impelida basicamente por remos, que foram usadas desde a Antiguidade grega até os fins do século XVIII.

Mesmo após a independência do Brasil de Portugal e depois de ter outorgado sua primeira Constituição (1824) o país ainda elaborava sua lei penal com forte influência do direito português até então vigente, com a edição do Código Criminal do Império sancionado em 16/12/1830, mantém em seu texto o uso da força e do pelourinho entre os povos independentes. “A pena de morte a ser executada pela força, só foi aceita depois de acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes entre os escravos”. (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 23).

Proclamada a República no ano de 1.889, em 11/10/1890 foi editado um novo estatuto chamado de Código Penal que teve como principais avanços a abolição da pena de morte e a instalação do regime penitenciário de caráter correccional.

Por apresentar falhas e ser mal sistematizado o Código Penal foi sendo modificado por inúmeras leis, até que dada a confusão que se criou foram tais leis sistematizadas pelo desembargador Vicente Piragibe, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais ou Código Piragibe, editado pelo Decreto nº 22.213, de 14/12/1932, no Governo de Getúlio Vargas e adotado como estatuto Penal brasileiro, até à entrada em vigor do Código Penal de 1940.

Data de 01/01/1942 a entrada em vigor do Código Penal atual tendo como princípios básicos, conforme assinalam Mirabete e Fabbrini, (2013, p. 24), citando Heitor da Costa Junior: “[...] a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva”.

Pela Lei 7.209, de 11/07/1984, foi reformada a Parte Geral do Código Penal de 1940, estabelecendo como principais inovações segundo Mirabete e Fabbrini, (2013 p. 24):

1. A reformulação do instituto do erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes da culpabilidade;
2. A norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir a responsabilidade objetiva;
3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime;
4. A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor gravidade;
5. A criação da chamada multa reparatória, e
6. O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.

Embora seja um estatuto septuagenário, já na sua elaboração, se aceitaram orientações das escolas chamadas de Clássica e Positiva e se aproveitou também o que havia de melhor nas legislações modernas de orientação liberal, em especial os códigos italiano e suíço; ao longo dos tempos vem se modernizando e se adaptando a seu tempo, tendo sofrido a reforma de sua parte geral em 1984 e em seu todo mais 12 modificações legislativas que alteraram 20 artigos da sua Parte Geral e, desde o início de sua vigência, 35 leis promoveram na Parte Especial a alteração de 61 artigos, a revogação de 23 e a inclusão de 28 novos artigos. Essas alterações aliadas à edição de varias leis extravagantes nas duas últimas décadas refletem as principais tendências do legislador nacional, que segundo Mirabete e Fabbrini (2013, p. 26 e 27) são:

1. Evitar aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração nos delitos de menor gravidade;
2. Maior rigor na punição dos crimes mais graves;
3. Mais severa repressão à criminalidade organizada;
4. Adaptação da legislação às mudanças ocorridas no meio social;
5. Adaptação da legislação pátria aos acordos internacionais firmados pelo Brasil.

Com a Constituição de 1988 procurou o constituinte estabelecer uma série de garantias no tocante ao direito de liberdade, estabelecendo princípios, bens jurídicos penalmente relevantes e campo de incidência do direito penal.

### **3.1. Princípios Regentes: Dignidade da Pessoa Humana Art. 1 III CF e Devido Processo Legal Art. 5º LIV CF**

Tido como a mais importante previsão da Constituição de 1988, o artigo 1º caput traçou o perfil político-constitucional do Brasil, estabelecendo ser ele um Estado Democrático de Direito, decorrendo desse Estado Democrático todos os princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

“Do Estado Democrático de Direito, parte o principio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal” (CAPEZ, 2009, p. 07).

Por consequência todo Direito Penal ou Processual Penal que for contrário ou que viole os princípios regentes da dignidade humana ou o devido processo legal, que segundo Nucci (2012, p. 44), são, “[...] dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado

Democrático de Direito” será tido como inconstitucional, critério que deve ser apreciado também, quando da aplicação de ambos direitos frente ao caso concreto, no momento de se fazer a adequação típica ou o devido processo legal, isto desde o início da apuração do fato tido como criminoso.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, o legislador deverá estar atento quando da elaboração da norma de Direito Penal, na seleção dentre os vários comportamentos humanos, aqueles que possuam lesividade social relevante, “aqueles que colocam em perigo valores fundamentais da sociedade” (CAPEZ, 2009, p. 08).

### **3.2. Bem Jurídico Penal**

O Direito Penal tem por escopo principal a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, cuja finalidade é garantir a subsistência da sociedade.

Somente os bens jurídicos constitucionais devem ser objeto de atenção do legislador penal (REGIS, 1997, p. 21).

Na lição de Kelsen, (1999, p. 215): “[...] uma norma que representa o fundamento de validade de uma norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”... “[...] uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental” (KELSEN, 1999, p. 217)... “A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum” (KELSEN, 1999, p. 217).

O Direito Penal, Processual e Executório por sua vez não são diferentes, pois é a Constituição Federal que lhes dão validade e força legal para impor restrições aos direitos de liberdade das pessoas.

Dentro dessa ótica de norma fundamental, pode-se dizer que o Bem Jurídico Penal é extraído do próprio texto Constitucional, pois é este em especial que será garantido pela norma “*in concreto*” no seio social.

A Constituição é a fonte principal dos bens passíveis de criminalização, além de conter princípios relevantíssimos que modelam a vida em sociedade,

constituindo em sua maioria, cláusulas pétreas, como base do sistema constitucional, não podendo ser objeto de mudança dentro daquela ordem constitucional, sendo verdadeiros limites ao legislador ordinário ao disciplinar em norma penal aquele bem jurídico.

Ao incriminar uma conduta o legislador infraconstitucional há de ter por fonte principal os bens constitucionais, que são base e estrutura jurídica da comunidade. Se houver de criminalizar bens não previstos constitucionalmente, só poderá fazê-lo com respeito aos princípios básicos previstos na Constituição, como por exemplo, respeito ao princípio da dignidade humana, constante do artigo 1º inciso III, da Constituição Federal.

É na Constituição que o legislador criminalizador há de encontrar os bens que lhe cabe proteger e em sendo bens não constitucionais, deverá fazê-lo com respeito aos princípios constitucionais. “As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite” (LUISI, 2003, p. 175).

A seleção dos bens constitucionais visando a criminalização dá-se pelo “[...] princípio da ultima *ratio*, que partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessário a intervenção penal” (LUISE, 2003, p. 175).

A proteção penal se faz pela criminalização de bens jurídicos constitucionais não só diretamente, mas até mesmo condutas preparatórias da proteção dos bens jurídicos, como por exemplo, o crime de formação de quadrilha ou bando do artigo 288, ou constituição de milícia privada do artigo 288-A, ambos do Código Penal.

A renovação ou inovação das fontes punitivas do Estado se concretizam com base na Constituição com a busca de bens a serem tutelados, criminalizando-os nos limites impostos pela constituição, tem o sentido de que se fará um direito punitivo que tem a dignidade da pessoa humana como sua base fundamental, verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito.

Aponta-se em relação exemplificativa Bens Jurídicos Constitucionais com reflexos na esfera do Direito Penal os seguintes:

### **3.2.1. Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e propriedade: art. 5º CF.**

- Direito à vida: a proteção do direito à vida está inserida no Código Penal, no Capítulo I do Título I, dentro dos crimes contra a pessoa, no qual em sentido amplo também se insere a proteção da integridade física com o título das lesões corporais, periclitamento da vida e da saúde, rixa, e dos crimes contra a honra.
- Direito à liberdade: previsto no Capítulo VI do Código Penal dentro do título reservado aos crimes contra a pessoa, abrange os crimes contra a liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio, inviolabilidade da correspondência, inviolabilidade de segredos, além da proteção da dignidade sexual.
- Direito à igualdade: a lei de preconceito de raça e de cor - Lei nº 7.716/89 pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A Lei 12.288/10 Instituiu o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. O estatuto é destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Através da Lei 10.098/2000, estabeleceram-se normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

- Direito à segurança: além da previsão constitucional de órgãos que dê efetividade à segurança do cidadão, (art.142 CF) como as forças armadas, constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, destinada à defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem e ainda, no (art. 144 CF) os

órgãos que cuidam da segurança pública, com a incumbência da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, as Leis Penais, Penais Especiais e Contravencionais, dão ou pelo menos deveriam dar ao cidadão, garantias de convivência social pacífica.

- Direito à propriedade: sob a rubrica dos crimes contra o patrimônio, o Código Penal, no título II torna infração criminal o furto, roubo e extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação, bem como no título III estabelece os crimes contra a propriedade imaterial, resguardando aí a propriedade intelectual, o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio, concorrência desleal e a organização do trabalho.

### **3.2.2. Moralidade da administração pública pela obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência art. 37 CF.**

A moralidade da administração pública recebe proteção no título XI do Código Penal, quando cuida dos crimes contra a administração pública, nos casos dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública, pelo particular contra a administração em geral, por particular contra a administração pública estrangeira, contra a administração da justiça e contra as finanças públicas.

A Lei 1.079/50 Define os crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados do DF e territórios e regula o respectivo processo de julgamento.

Por meio da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa) estabeleceram-se sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional

A Lei Nº 8.666/93 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

### **3.2.3. Meio ambiente, art. 225 CF**

A Lei Nº 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

A lei Nº 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A Lei Nº 12.651/12 (Código Ambiental) dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.

#### **3.2.4. Direitos Difusos e Coletivos art. 5º LXXIII, 129, III CF**

Como atribuição constitucional do Ministério Público tem este, além de outras, proteger o consumidor e outros interesses difusos ou coletivos. A proteção do consumidor é objeto de destaque nos dispositivos constitucionais dos art. 150, § 5.º, e art. 170, V CF, bem como a Lei Nº. 8.078/90 que dispõe sobre a proteção do consumidor e que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, da ordem pública e interesse social, nos termos dos art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

#### **3.2.5. Proteção à Família, à Criança, do Adolescente, da Juventude e do Idoso, (art. 226 a 230 CF)**

##### **Proteção à família**

A proteção à família recebeu atenção do legislador no título VII do Código Penal ao tratar dos crimes contra a família, dando proteção ao casamento, ao estado de filiação, a assistência familiar, o pátrio poder, tutela e curatela.

A Lei Nº 9.278/96 regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Ficando reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

##### **Proteção à criança e ao adolescente**

A Lei 8.069/90 Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **Proteção da juventude**

A Lei 12.852/13 institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE.

## **Proteção ao idoso**

A Lei 10.741/2003 dispõe sobre o Estatuto do Idoso destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

### **3.2.6. Defesa do Estado e das instituições, (estado de defesa art. 136, e estado de sitio, art. 137 CF).**

Além das normas expressas na própria Constituição Federal, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170/83) efetivam as medidas penais contra aqueles que agem contra o Estado ou as Instituições Democráticas.

## **3.3. Quanto à Norma Penal**

### **3.3.1. Rigor penal**

Maior rigor para as infrações de maior gravidade, (art. 5º XLII, XLIII e XLIV CF);

Art. 5º XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão;

Art. 5º XLIII – a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem;

Art. 5º XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

### **3.3.2. Moderação penal**

O legislador constitucional se preocupou em firmar no texto maior a previsão de que as infrações menos graves tivesse um tratamento mais moderado em seu art. 98, I CF.

Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitido nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

## **3.4. Quanto ao Tipo Penal**

### **3.4.1. Legalidade (reserva legal): (art. 5º XXXIX, 1ª parte CF)**

Trata quanto às fontes das normas penais incriminadoras, cuja origem para a descrição da conduta delituosa e a consequente aplicação da reprimenda se encontra no texto da Constituição do Brasil, que estabelece o princípio da reserva legal e o da anterioridade da lei penal: “Artigo 5º, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal dispositivo tido como princípio da legalidade dos delitos e das penas ou da reserva legal ou da intervenção legalizada (PRADO, 2000, p. 77), previsto na Constituição Federal e reproduzido no Artigo 1º do Código Penal Brasileiro, tem por escopo limitar o poder do Estado em matéria penal, garantindo-se o postulado do Estado de Direito Democrático, pois sua vontade há que se submeter à existência de lei prévia, que descreva conduta típica e lhe estipule a pena, e que já esteja em vigor na data da prática do fato, como forma de garantia política dos

cidadãos para que tenham uma vida segura em comunidade, livres de arbitrariedades do poder estatal, sem ameaças ao seu direito de liberdade, podendo só ser punido quando vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis, protegendo em especial a dignidade humana.

Sua origem remonta à Magna Carta Inglesa de 1215 do rei João Sem Terra, que previa em seu artigo 39 de que “[...] nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra” (MIRABETE; FABBRINI, 2013 p. 39).

Também foi introduzido com a Revolução Francesa na Declaração de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, que previa: “Art. 8.º - A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (MIRABETE; FABBRINI, 2013 p. 39).

Tal dispositivo foi também reproduzido na Constituição francesa de 1791.

No Brasil, fez parte de todas as Constituições na seguinte disposição: 1824 art. 179, § 11; 1891 art. 72, § 15; 1934 art. 113, § 26; 1937 art. 122; 1946 art. 141, § 27; 1967 art. 153, § 16; e 1988 art. 5º, XXXIX.

Para que uma conduta possa ser tida como criminosa deverá haver uma perfeita assimetria entre fato praticado e a previsão da lei penal, cuja descrição se encontra na lei por meio dos chamados tipos penais, que é uma descrição pormenorizada do delito.

Sendo a reserva de lei determinada pela Constituição Federal, norma absoluta, “[...] somente a lei, na sua concepção formal e escrita, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar tipos e impor penas” (CAPEZ, 2009, p. 41). Não pode ser aplicado em matéria penal o disposto no Art. 62 da Constituição Federal que trata da medida provisória, que tem sua origem no Poder Executivo, que não tem legitimidade popular para a edição de leis, também cabe ressaltar que pelo próprio texto constitucional, art. 62, § 3º, tal figura não é lei, apenas tem “força de lei”, podendo perder a eficácia, desde que a edição, se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Quanto se fala em matéria penal a reserva da matéria através de lei é absoluta, reforçada pela Constituição Federal:

Art. 62 Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º: É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a)...

b) **direito penal**, processo **penal** e processo civil; (Grifos nossos).

Também não pode ser objeto de matéria penal, as leis delegadas, ou seja, àquelas que são elaboradas pelo Presidente da República, mediante prévia solicitação ao Congresso Nacional, em face da vedação Constitucional que proíbe a delegação de matéria relativa aos direitos individuais, incluindo-se aí os atingidos pela legislação penal.

Art. 68: As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem legislar sobre:

I -...

II – nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitoral. (Grifos nossos)

Diante do raciocínio de que o princípio da reserva legal é um imperativo constitucional, que em matéria de direito penal vincula a existência de prévia lei descrevendo a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, com relação ao fato social que se quer incriminar, (CF art. 5º, XXXIX: princípio da legalidade ou da reserva legal) não há que se falar na aplicação da analogia dita esta, *in malam partem*, que se aplicada ampliaria o rol das infrações penais, sendo possível, no entanto a analogia chamada *in bonam partem*, ou seja, que possa beneficiar o réu, favorecendo o seu direito de liberdade.

Por se constituir a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento dentre eles a dignidade humana (art. 1º, III – CF), não pode o legislador criar tipos penais que afrontem a dignidade

das pessoas, sendo necessário que se “[...] busque justificativa na legitimidade da norma legal” (CAPEZ, 2009, p. 46).

## **Taxatividade**

Exigência de que especialmente as leis penais incriminadoras, sejam claras, e o mais possível, certas e precisas.

Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos (LUIZI, 2003, p. 24).

“A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com certeza necessária à esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei” (LUIZI, 2003, p. 25).

Ao legislador cabe ser qualificado e ter competência, além do uso de técnicas e linguagem corretas na elaboração da lei penal, facilitando ao destinatário a correta compreensão do seu texto.

## **Irretroatividade e retroatividade da lei penal benéfica**

A irretroatividade é representada pela necessidade de que as leis penais sejam atuais, impondo que a mesma, só alcance os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores.

Restrita à norma penal, vez que não cabe sua aplicação no Direito Processual Penal, vem esculpida no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, que dispõe: “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Deve-se aplicar “[...] a lei vigente no momento da prática do fato punível” (PRADO, 2000, p. 104).

O dispositivo constitucional estabelece uma garantia quanto à irretroatividade de lei penal que possa causar algum prejuízo ao cidadão, bem como garante a possibilidade de sua aplicação se dela advir algum benefício ao membro da comunidade, sendo esta possibilidade causa de exceção, garantido-se segurança jurídica.

O normativo constitucional é encampado pelo Código Penal, na figura do *abolitio criminis* em seu art. 2º: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”, bem como o estabelecido em seu Parágrafo Único: “[...] a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitada em julgado”, bem como, funciona como causa de extinção da punibilidade pela aplicação do art. 107, inciso III do Código Penal: “[...] pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

“O principio da não-retroatividade, com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de equidade ou de legalidade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária” (PRADO, 2000, p. 105).

A lei nova mais favorável possui extra-atividade, sendo retroativa quando posterior, e, ultrativa quando anterior, não havendo extra-atividade das leis penais que possam de alguma forma acarretar prejuízo.

A avaliação do benefício da lei nova se dá diante o caso concreto, em face da situação judicial que o réu se encontra no momento da aplicação do direito pelo Estado juiz.

### **3.4.2. Insignificância ou bagatela**

A bagatela tem origem no Direito Romano e é de cunho civilista, introduzida no sistema penal por Claus Roxin, e relacionada com o axioma *mínimis non curat praetor*, que se caracteriza pela manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devendo ser tidas como atípicas as ações ou omissões que não afetam de forma relevante a um bem jurídico penal.

Deve se buscar reduzir a incidência do direito penal dentro da política criminal moderna, devendo o fato insignificante penal receber tratamento adequado na esfera civil, administrativo, fiscal, etc. Cabe ao Estado só intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

A lei penal não cabe preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetível de causar o mais ínfimo dano à coletividade.

São distintos os delitos insignificantes ou de bagatela com os crimes de menor potencial ofensivo, definidos pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que se submetem aos Juizados Especiais Criminais, cuja gravidade do delito não se confunde com insignificância, já que naquele possui significância perceptível pela sociedade.

A incidência de tal princípio só é aferível diante o caso concreto pelo julgador. Pode se citar como exemplo o caso do furto, que por si só não caracteriza bagatela, porém o furto de um chiclete pode ser insignificante, considerando o valor do bem em si mesmo.

### **3.4.3. Culpabilidade**

Postulado de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. (Prado, 2000, p. 81).

Dentro do Estado de Direito democrático funciona como um delimitador da ação punitiva do Estado entende-se estar contido de forma implícita na Constituição Federal nos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana, 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º “Caput” (inviolabilidade do direito de liberdade).

### **3.4.4. Intervenção mínima e da fragmentariedade**

Possui sua origem na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 8º estipulou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

O Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. (PRADO 2000, p. 82) Deve funcionar como *ultima ratio* e de preferência só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia (PRADO, 2000, p. 84).

Nesse sentido e considerando o caráter fragmentário do Direito como um todo, são comuns ocasiões em que mesmo os outros ramos do ordenamento jurídico, que não contêm toda a carga sancionatória do Direito Penal, se furtam a atuar, frente ao exíguo dano aos bens jurídicos tutelados. Nestes casos, a atuação estatal, além dos já citados problemas, incorreria em grave ofensa ao princípio da eficiência (Constituição Federal, art. 37, *caput*) já que o dispêndio de recursos materiais e humanos seria claramente desproporcional ao ganho que se poderia obter. Junte-se a isso o exíguo número de procuradores federais e estaduais, juízes e promotores existentes que devem dar cabo a inumeráveis processos e se verá que o caso não é só de coerência jurídica, mas também de compreender, realisticamente, as necessidades e as limitações da *práxis* estatal.

#### **4. EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO BRASIL**

O Processo Penal em sua origem não se diferencia da origem do Direito Penal, pois ambos ingressam na nova terra Brasil pelas Ordenações do colonizador, ou seja Portugal, pela ordem Afonsinas, até 1514, de nenhuma influencia na nova terra, em seguida as ordenações Manuelinas, esta que já começa a gerar influencia no Brasil, pelas mãos de Martins Afonso de Souza que com a chegada de sua expedição nos idos de 1532 é que se começa a formar as bases da organização judiciária na colônia nos moldes do que havia em Portugal, com a instalação da vila de São Vicente, hoje cidade de São Vicente, estado de São Paulo.

Com o fim das Ordenações Manuelinas que foram substituídas pelo Código de D. Sebastião, este de curta duração, entrou em vigor as Ordenações Filipinas no ano de 1603 as de mais longa duração em Portugal e de aplicação no Brasil, vindo a ser substituída pelo Código de Processo Criminal do Império no ano de 1832.

Na parte do território brasileiro dominado pelos holandeses, 1630 a 1654 na região nordeste do Brasil, tendo como centro principal Pernambuco, instalou-se o direito dos usos. No processo inexistia diferença entre fase policial e fase judicial e a acusação contra criminosos partiam de funcionários do Estado ou dos particulares. O “Escolteto” era ao mesmo tempo, chefe de polícia e promotor público. A confissão dos réus era buscada com insistência, inclusive por meio de fraude e torturas.

As normas jurídicas aplicadas pelos holandeses no Brasil, em nada contribuíram para a construção do Processo Penal Brasileiro.

As Ordenações eram basicamente coletâneas das leis existentes em Portugal, que versavam sobre Direito Público, Privado e Canônico (dada a importância da Igreja Católica no período), bem como questões relacionadas à diplomacia e à sucessão do trono. As Ordenações regularam o Direito Penal brasileiro até a promulgação do Código Criminal do Império em 1830. No âmbito civil, vigoraram até a instituição do primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916.

Foi a Constituição promulgada em 25 de março de 1824 que deu organização básica ao Poder Judiciário Brasileiro, editando em 29/11/1832 o Código de Processo Criminal. Com isso, as "devassas" e as "querelas" deixaram de existir assumindo novas formas, agora com o nome de "queixas".

As denúncias podiam ser oferecidas pelo Promotor Público ou por qualquer do povo, sendo possível o procedimento *ex-officio* em todos os casos de denúncia. Como regra geral, a competência para o julgamento era centrada no Júri, estando dele excluídas as contravenções e os crimes menos graves.

Com a proclamação da República e de acordo com a Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, inclusive as de caráter processual, mas poucos se utilizaram dessa faculdade de legislar.

Unificada a legislação processual penal com a Constituição de 1934 e com o advento da Carta Constitucional de 1937, providenciou-se a promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 30/10/1941), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. Foi promulgado também o Decreto-Lei nº 3.931, de 11/12/1941, com o nome de Lei de Introdução ao código de Processo Penal, a fim de se adaptar ao novo estatuto processual os processos pendentes. O novo Código manteve o inquérito policial, arcaico procedimento escrito e burocrático, mas instalou a instrução contraditória e a completa separação das funções julgadora e acusatória, restringiu a competência do Júri e eliminou, quase por completo, o procedimento *ex officio*.

Com a Independência do Brasil e sua liberdade em editar suas próprias leis, em especial sua primeira Carta Constitucional, se percebe daí em diante uma evolução quanto ao estabelecimento de garantias penais e processuais ao povo brasileiro, a começar pela Constituição outorgada por D. Pedro I, em 1824 que elencava em seu conteúdo além dos três poderes, legislativo, executivo e o judiciário, estabeleceu também o poder moderador, o qual possibilitava ao monarca intervir nos demais poderes.

Trazia também em seu conteúdo um extenso rol de direitos humanos em seu art. 179, como se vê, por exemplo, o princípio da Igualdade e legalidade, livre manifestação do pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, e outros.

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, foi instituída ampla defesa e o contraditório. O art. 72 parágrafo 16, trouxe ainda, em relação ao princípio constitucional da ampla defesa, todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso, assinada por autoridade competente, com o nome do acusador e das testemunhas. Acabou com o banimento judicial, aboliu a pena de morte e instituiu o tribunal do júri.

Por sua vez a evolução continua com a Constituição de 1937, que se encarregou de extinguir as penas perpétuas.

Com a Constituição de 1946, veio o sigilo das votações, a plenitude de defesa e soberania de veredictos no tribunal do júri:

A Constituição de 1967, igualmente assegurava direitos e garantias individuais e em seu artigo 158, previa direito social aos trabalhadores, visando a melhoria de condições sociais.

Todavia, é com a Constituição Cidadã de 1988, que são consagrados de forma ampla, através de um conteúdo assegurador no que se refere as garantias individuais do cidadão brasileiro, bem como, aos estrangeiros aqui residentes, nesse particular, garantias próprias do Processo Penal, como forma de impor limites ao direito material subjetivo, frente ao regramento constitucional.

Para fins didáticos foi seguida de forma referencial a classificação dos princípios constitucionais adotada por (NUCCI, 2012), em seu compêndio: Princípios constitucionais penais e processuais penais.

#### **4.1. Princípio do devido processo legal**

Como princípio regente na esfera do processo penal, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana surge o princípio do devido processo legal “[...] dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado democrático de Direito” (NUCCI, 2012, p. 44). Como consequência direta da violação de um deles ou que for contrário às suas disciplinas será tido como inconstitucional critério que deve ser apreciado na elaboração da lei Penal ou Processual Penal e também, quando no campo prático por sua aplicação frente ao

caso concreto, no momento de se fazer a adequação típica ou o devido processo legal, isto desde o início da apuração do fato penalmente relevante.

Essa garantia do devido processo legal tem origens antecedentes no art. 39 da Carta Magna inglesa de 1215 do Rei João Sem-Terra:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (BARROSO, 2014)

A Constituição do Brasil de 1988 expressou também a dita garantia ao declarar em seu art. 5º, LIV “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

#### **4.2. Princípio da presunção de inocência**

Originado na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1789, assim disposto: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Tal Princípio da Presunção de Inocência veio a ganhar repercussão universal com a Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que afirmou: “Art. 11: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

No entanto, com a aprovação do Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 27 de 1992 e com a Carta de Adesão do Governo Brasileiro, anuiu-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu: Art. 8º, I o Princípio da Presunção de Inocência: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Tal garantia foi reforçada com a promulgação da Constituição Federal:

Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Diante disto, o Brasil tem hoje dois textos legais, de valor constitucional que asseguram tal princípio o do art. 5º, § 2º, por adesão ao Pacto de São José da Costa Rica e, por meio do art. 5º, LVII, ambos da Constituição Federal, os quais reconhecem integralmente a adoção do Princípio da Presunção de Inocência dentro do direito brasileiro.

### **Aplicações do princípio da presunção de inocência**

A presunção de inocência é na verdade, um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante a fase de investigação e o processo, e, seu estado só se modificará com a declaração de culpado por ocasião da sentença penal condenatória.

A investigação policial por meio de inquérito policial, nas infrações de natureza pública só pode ter início através da notícia da prática de uma infração penal e se dá no sistema brasileiro quando esta notícia chega ao autoridade policial, por intermédio de:

Art. 5º CPP: Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

O inquérito policial que tem como característica ser um procedimento administrativo, escrito, sigiloso, inquisitivo, deve ganhar contornos que possibilite a oportunidade ao investigado de colaborar na busca da verdade real, uma vez que a Carta Magna garante aos litigantes em processo administrativo, o direito ao

contraditório e a ampla defesa, e ainda, meios de recursos necessários a exercer estes direitos: “Art. 5º LV – os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Terminada a fase de apuração da eventual prática da infração penal, cabe ao órgão do Ministério Público promover a ação penal:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover privativamente a ação penal pública na forma da lei”.

Para que possa promover a dita ação penal é necessária a identificação da prática do fato típico, que seja antijurídico e que o agente seja culpável.

Embora seja recomendável ao investigado ou denunciado colaborar na busca da verdade real, não está obrigado a colaborar com a apuração do mesmo, uma vez que, pelo devido processo legal, (art. 5º, LIV da CF), é dado a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF).

Na fase de investigação ou processo, só poderão ser aplicadas as medidas necessárias, e com restrição mínima de direitos, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado, deve se restringir ao indispensável e condicionada também a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a imposição das chamadas prisões cautelares a um acusado, tais como a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado e, a prisão decorrente de pronúncia, não podendo se tornar em execução antecipada de pena, que fere frontalmente o princípio da presunção de inocência.

A prisão cautelar tem por objetivo prevenir que o réu perigoso cometa novos crimes ou ainda que em liberdade prejudique a colheita de provas ou fuja.

Segundo o Código de Processo Penal Brasileiro, artigos 311 a 316 as medidas cautelares podem ser decretadas em qualquer fase do inquérito ou instrução.

1. De ofício pelo juiz
2. A requerimento do Ministério Público ou querelante
3. Mediante representação da autoridade policial competente.

São motivos (fundamentos) para decretação (*periculum in mora*):

1. Garantia da ordem pública
2. Garantia da ordem econômica
3. Conveniência da instrução criminal
4. Assegurar a aplicação da lei penal
5. Assegurar o cumprimento de medida protetiva de urgência (art. 20 da Lei "Maria da Penha" - L. 11.340/06)

Cabíveis nas seguintes situações:

1. Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
2. Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado
3. Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

É vedada a prisão cautelar nos casos de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (causas excludentes de ilicitude - art. 23 e incisos do CPB).

Pode ser revogada e decretada sempre que necessário (decisão "*rebus sic stantibus*" - conforme o estado da causa):

1. Sua decretação ou negação deve ser fundamentada.
2. A apresentação espontânea do acusado não impede sua decretação.
3. Cabe recurso em sentido estrito contra despacho que indeferir requerimento de prisão preventiva.

Todas elas estando de acordo com os princípios constitucionais, não ferem o princípio em questão, desde que seja indeclinavelmente necessária, uma vez que é uma medida extremamente rigorosa, por tirar a liberdade de um acusado que poderá ser inocentado.

Além das medidas assecuratórias da fase de investigação ou processo milita em favor do infrator o princípio do “*in dubio pro reo*” em que no caso de dúvida interpreta-se em seu benefício à garantia da liberdade, a qual deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

Pode se ver a adoção implícita deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, II, ex vi:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Não conseguindo o Estado obter provas suficientes da materialidade e ou autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado. Ou seja, “*in dubio pro reo*”.

No dia cinco de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro o Supremo Tribunal Federal decidiu que um acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado. Uma decisão que reafirma o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República. Ao determinar que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução provisória de sentença, atentando-se para o fato de que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo, o STF defende a liberdade do acusado, afirmou a OAB ser uma decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, mas exige celeridade do judiciário em seus julgamentos, pois acusados estarão soltos na sociedade, e a sentença judicial definitiva, e só ela, poderá iniciar a punição dos culpados, melhor do que conservá-los presos, pois perderiam a liberdade sem a certeza da culpabilidade.

Como fruto do questionamento a respeito da constitucionalidade das prisões provisórias foi editado a súmula 09 pelo Superior Tribunal de Justiça, nos

seguintes termos: "[...] a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Como último instrumento processual para possibilitar ao condenado, pela prática de uma infração penal, a demonstração de sua inocência, prevê o Código de Processo Penal a Revisão Criminal:

A revisão criminal no Brasil foi introduzida pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, (art. 9º III) como sendo da competência ao Supremo Tribunal Federal. A partir daí, passou a ser possível revisão dos processos criminais findos em que houvesse sentença condenatória.

A Constituição republicana, no artigo 81, deu *status* constitucional ao instituto da revisão criminal, o que foi mantido pela Carta Magna de 1934 (art. 76).

Na Lei Maior de 1937, por sua vez, não previu o instituto, mas o Código de Processo Penal, surgido sob sua égide, acabou por consagrá-la:

Art. 621 CPP – A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O princípio da presunção de inocência é desdobramento do princípio do devido processo legal, e está previsto na Constituição de 1988, da seguinte maneira: Art. 5º CF: "[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Consagrando-se assim como um dos princípios basilares e alicerce do Estado Democrático de Direito como garantia processual penal, que tem por objetivo à tutela da liberdade pessoal. Assim dispondo o ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial o processual penal, está obrigado a absorver regras que permitam buscar um equilíbrio entre o interesse punitivo estatal e o direito de

liberdade do cidadão, trata-se do conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* do cidadão, bem intangível.

### 4.3. Princípio da ampla defesa

Com a aprovação do Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 27 de 1992 e com a Carta de Adesão do Governo Brasileiro, anuiu-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu:

#### Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
  - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
  - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
  - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Na Constituição Federal do Brasil tal dispositivo ganhou relevo com sua inclusão no tocante aos direitos e deveres individuais e coletivos constantes nos Art. 5º LV e Art. 5º § 2º já mencionados anteriormente.

### **Aplicação**

Representando uma proteção voltada ao acusado da prática de uma conduta tida como criminosa ou mesmo uma acusação de índole administrativa, garante que o acusado possa se explicar ou justificar o seu comportamento frente ao que lhe foi imposto, tendo como objetivo principal a preservação do estado de inocência.

A ampla defesa pode ser subdividida em autodefesa e defesa técnica, cabível em qualquer instância ou tribunal, caracterizando a primeira como sendo aquela feita pelo próprio acusado e o mais razoável é de que fale em cada fase da investigação como no momento da prisão em flagrante, do inquérito policial e por fim o processo. Já a defesa técnica é própria do advogado regularmente no seu exercício, caracterizada por aspecto de juridicidade é exercida tanto em processos judiciais como administrativos, devendo ser relativa aos aspectos jurídicos, como por ex: o direito de trazer ao processo todos os elementos necessários a esclarecer a verdade, o direito de omitir-se, calar-se, produzir provas, recorrer de decisões, contraditar testemunhas, conhecer de todos atos e documentos do processo etc.

A regularidade da ampla defesa deve ser feita pelo magistrado, pelo órgão acusatório representado pelo Ministério Público, ou pelo presidente do feito em sendo assunto da ceara administrativa, no mais absoluto interesse do réu ou do acusado.

O momento de sua regular aplicação se dá num primeiro momento com o ajuizamento da ação penal quando o réu deve ser citado para apresentar a resposta à acusação:

Art. 396 CPP – Nos procedimentos ordinários ou sumários, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo Único: No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Tem como ponto final a atuação da ampla defesa dentro do processo apuratório com as alegações finais:

Processo comum: Art. 403 CPP – Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, a sentença.

Processo sumário: Art. 534 CPP – As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo a seguir, a sentença.

Embora na fase de investigação policial, por ser inquisitiva, haja entendimento de não haver previsão de defesa, por não ser aí estabelecido um contraditório, nada obsta que o investigado ou seu representante requeira a oitiva de testemunhas, realização de laudo pericial, diligências e outras mais, desde que o fim seja o de buscar a verdade real e caso a autoridade policial rejeite o pedido a solução é procurar o concurso do Ministério Público, destinatário final da investigação, em especial para adoção daquelas medidas que se não forem adotadas se perderão no tempo.

#### **4.4. Princípio da plenitude de defesa**

No Brasil, o Tribunal do Júri teve um histórico mais favorável, apesar de em determinados períodos, passar por certas crises institucionais. Foi disciplinado em nosso ordenamento jurídico pela primeira vez pela Lei de 18 de junho de 1822, a qual limitou sua competência ao julgamento dos crimes de imprensa, sendo que o mesmo era formado por Juízes de Fato, num total de vinte e quatro cidadãos bons, honrados, patriotas e inteligentes, os quais deveriam ser

nomeados pelo Corregedor e Ouvidores do crime, e a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que atuava com o Promotor e o Fiscal dos delitos. Os réus podiam recusar dezesseis dos vinte e quatro nomeados, e só podiam apelar para a clemência real, pois só ao Príncipe cabia a alteração da sentença proferida pelo Júri.

Quando da promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, foi aprovado a manutenção do tribunal do júri em seu “Art. 72, § 31 - é mantida a instituição do Júri”.

Com Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, o texto referente ao Júri saiu da parte tocante às declarações de direitos e garantias individuais, passando para a parte destinada ao Poder Judiciário, na letra do “Art. 72 - É mantida a instituição do Júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.

A Constituição de 1937, não se referia ao Júri.

Com a publicação da primeira lei nacional de processo penal do Brasil republicano, o Decreto-Lei nº 167, em 05 de janeiro de 1938, instituiu e regulamentou a instituição do Júri.

Na Constituição democrática de 1946 restabeleceu-se a soberania do Júri, entre os direitos e garantias constitucionais.

A Constituição do Brasil de 1967, em seu art. 150, § 18, manteve o Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, dispondo:

No Art. 150 § 18 são mantidas a instituição e a soberania do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Foi mantido pela Emenda Constitucional de 1969, tendo omitido referência a sua soberania: “art. 153, § 18 - é mantida a instituição do Júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Na atual Carta Magna, é reconhecida a instituição do Júri dentro do capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais em seu Artigo 5º XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) A plenitude de defesa;
- b) O sigilo das votações;
- c) A soberania dos veredictos;

d) A competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Escrevendo sobre a matéria, (Nucci, 2012, p. 308) ensina que: “[...] maior proteção que se deve conferir ao réu, no Tribunal do Júri, dá-se justamente pela natureza da corte popular, que decide em votação sigilosa, sem qualquer fundamentação, o destino do acusado”.

Entende-se como plenitude de defesa aquela exercida no Tribunal do Júri, onde poderão ser usados todos os meios de defesa lícitos possíveis para convencer os jurados, inclusive argumentos não jurídicos, tais como: sociológicos, políticos, religiosos, morais, etc.

#### **4.5. Princípio do contraditório**

Dentro do processo acusatório o contraditório se estabelece como um dos mais importantes princípios do processo acusatório, “[...] também conhecido como da bilateralidade da audiência” (MIRABETE; FABBRINI 2013, p. 24), sua previsão se insere na Constituição Federal no artigo 5º, LV, ao lado do princípio da ampla defesa, reforça a garantia da necessidade de se estabelecer no processo a igualdade entre as partes, acusador e acusado, sem que haja qualquer restrição a esse direito.

É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu; de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e, de seus fundamentos de fato (provas) e, de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade, nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais, a imputação e, para a oposição de contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

A parte acusada da prática de uma conduta criminosa deve ter amplo e irrestrito acesso ao teor da acusação inclusive das provas que a acompanha, principalmente quando estas estão sustentadas em escutas telefônicas complexas, as quais por vezes estão lastreadas em trechos de interesse do órgão acusatório.

Na lei processual o princípio do contraditório está inserido em dispositivos que não permitem o acusado ainda que foragido ou ausente, seja

julgado sem defensor; deve ser citado no processo, notificado dos atos processuais e intimado das decisões; pode arrolar o mesmo número de testemunhas que o acusador, etc. Não sendo objeto de observação desses direitos, constitui nulidades, previstas no art. 564, III, c, e, f, g, h, l, o, do Código de Processo Penal.

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo Único: a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

#### **4.6. Duplo grau de Jurisdição**

O princípio do duplo grau de jurisdição é uma decorrência implícita do devido processo legal e, por conseguinte do princípio do contraditório estatuído pela Constituição Federal, tem seu fundamento de validade na última parte do inciso LV do art. 5º Constituição Federal: “[...] com os meios e recursos a ela inerentes”.

Decorre também o duplo grau de jurisdição do próprio sistema constitucional, que prevê a existência de tribunais recursais, dando a possibilidade de se recorrer de todas as decisões a um órgão jurisdicional superior. A regra da recorribilidade de todas as decisões comporta exceções como é o caso das decisões emanadas pelo tribunal superior atuando em sua competência originária, em que não se prevê possibilidade de recurso ordinário.

#### **4.7. Princípio do juiz natural e imparcial consequencial da iniciativa das partes**

Como consequência do princípio do juiz natural ou do juiz constitucional, só é lícito que o autor de um delito seja processado e julgado por órgão a que a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribua competência para o processo e julgamento, que não seja criado após a ocorrência do fato criminoso, tendo sua disciplina na Constituição Federal conforme segue:

“Art. 5º: LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

No inciso IV, capítulo III dos artigos 92 ao 126 da Constituição Federal, são estabelecidos os órgãos do Poder Judiciário competentes para apreciação das demandas sociais, dentre elas aquelas relacionadas com o objeto da presente monografia, ou seja, assuntos relacionados às questões penais, processuais ou de execução penal.

Não viola o princípio do juiz natural “[...] as modificações de competência, as substituições, o desaforamento e a prorrogação de competência prevista em lei, desde que obedecidos os parâmetros constitucionais” (MIRABETE; FABBRINI 2013, p. 29). Como decorrência do fato de que o juiz (*ne procedat iudex ex officio*) não pode proceder de ofício, cabe à parte ofendida a iniciativa de propor a ação penal, cabendo ao Ministério Público representante do Estado-Administração promover, privativamente a ação penal pública como decorrência de sua função institucional (art. 129, I CF), ou ao ofendido ou seu representante legal se infração criminal de natureza privada (arts. 29 e 30 CPP), tal disciplina é tida como princípio da iniciativa das partes.

Com a propositura da ação penal por iniciativa das partes, os atos processuais decorrentes da relação processual estabelecida se desenvolve por impulso oficial ou *ex officio*, incumbindo ao juiz dentre outras obrigações estabelecidas pelo Código de Processo Penal:

Art. 251: promover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos;

Art. 156: determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes;

Art. 168: determinar exame completar;

ART. 176: formular quesitos nas perícias em geral;

Art. 196: proceder a novo interrogatório, etc.

O estabelecimento de um juízo anterior aos fatos se constitui numa garantia ao cidadão de não ser submetido a um tribunal de exceção, bem como garante a imparcialidade do magistrado que vai atuar diante do caso concreto.

#### **4.8. Princípio da publicidade**

Garantido por expressa disposição da Constituição Federal, com previsão no:

Art. 5º, LX: A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art. 93 IX: todos os julgamentos do órgão do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 5º XXXIII: todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A publicidade se apresenta sob dois aspectos:

1. Publicidade geral (plena - popular), quando os atos podem ser assistidos por qualquer pessoa;
2. Publicidade especial: (restrita – das partes), quando um número reduzido de pessoas pode estar presentes a eles.

Pode ser ainda:

Imediata, quando se pode tomar conhecimento dos atos diretamente, ou imediata, quando os atos processuais só se tornam públicos através de informes ou certidão sobre a sua realização e conteúdo (MIRABETE; FABBRINI 2013, p. 26).

São legítimas as restrições impostas pelo legislador à publicidade ampla (popular), prevista em especial no Código de Processo Penal:

Art. 792, § 1º: se da publicidade da audiência sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

A restrição à publicidade do cidadão tem por fim evitar o constrangimento das pessoas perante a sociedade, bem como a garantia da publicidade de determinados atos judiciais corrobora no sentido de demonstrar a lisura dos atos praticados pelo Estado.

#### 4.9. Princípio da vedação da prova ilegal

Pode ser conceituada a prova vedada por ser considerada ilegal da seguinte forma:

Prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual. (FERNANDES, 2000, p. 78).

A Constituição Federal vedou expressamente a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos com a seguinte previsão: "art. 5º LVI são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Para Fernandes (2000), citando Grinover (2000), pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção e em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades.

A Constituição Federal procurou elencar uma série de inviolabilidades para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa, sendo que suas violações para produção de provas, quando possível, devem estar abrigadas pela teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do art. 5º inciso LVI, quando a violação é motivada para se proteger um valor maior garantido também pela Constituição. São as seguintes as vedações expressas no texto constitucional em seu art. 5º:

III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI: a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia por ordem judicial;

XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XLIX: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Caso haja violação destas ou de outras normas que garantam direito individual de natureza constitucional para a produção de prova acarretará a formação de prova ilícita.

Fernandes (2000) ainda cita dois exemplos claros do equilíbrio do princípio da proporcionalidade quando duas garantias previstas na Constituição parecem conflitar-se, sendo a primeira a de violação de correspondência de presos que planejavam uma fuga para sequestrar um juiz de direito e o segundo caso o réu ilicitamente obtém prova mediante interceptação telefônica não autorizada, contraria a CF e à Lei 9296/96, mas com o único fim e meio de que poderia dispor para provar sua inocência em processo criminal.

Por fim a vedação da prova ilícita prevista na Constituição Federal deve ser avaliada pelo juiz frente ao caso concreto, sopesando sua valoração a luz do princípio da proporcionalidade, quando duas garantias previstas na constituição parecem se contrapor.

No tocante à ilicitude da prova no processo penal, outra questão controvertida é a da prova ilícita por derivação, que tem seu assente especialmente na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte Americana, de razoável aceitação no Brasil. No julgamento do HC 77.015-SP, informativo STF nº 131, assim se manifestou a aquele órgão: “[...] no exame da repercussão processual da prova ilícita, deve-se verificar, quando já há sentença, se a prova ilícita influenciou no julgamento, analisando se, sem a prova, teria sido alcançada a mesma conclusão”.

## 5. EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Na vigência das Ordenações do reino de Portugal a aplicação da pena e sua execução eram o seu ponto pode-se dizer principal as penas cominadas aos crimes eram severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), tinham por fim incutir o temor pelo castigo, sendo também aplicada em larga escala a pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

Dado marcante na aplicação da pena no Brasil desse período foi a chegada da força na cidade de São Paulo no ano de 1564, como símbolo de representante da justiça, vindo inclusive a fazer parte do primeiro Código Criminal do Império e só foi abolida pela Constituição de 1891. Também não menos importante símbolo de justiça desse período foi o Pelourinho que teve sua implantação da cidade de São Paulo no ano de 1610 só sendo extinto pela Lei 3.310 de 1886 e se destinava a afixar avisos e editais da Câmara e expor os criminosos e escravos fugidos que teriam de ser castigados (VIEIRA, 1965, p. 127-131).

Com a primeira Constituição do Brasil de 1824 é que começam a surgir elementos de humanização da execução da pena como se verifica no texto de então:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, são garantidos pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.

XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstanciais, e natureza dos seus crimes.

Mesmo após a independência do Brasil de Portugal e a após ter outorgado sua primeira Constituição (1824) o país ainda elaborava sua lei penal com forte influência do direito português até então vigente, com a edição do Código Criminal do Império sancionado em 16/12/1830, mantém em seu texto o uso da força

e do pelourinho entre os povos independentes. “A pena de morte a ser executada pela força, só foi aceita depois de acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes entre os escravos (MIRABETE; FABBRINI 2013, p. 23). O Código Criminal do Império é quem regia a aplicação das penas mais duras, ou seja a morte pela força e o açoite este reservado aos escravos, muito embora tive tal prática sido abolida na Constituição de 1824, teve vigência até 1886 onde se extinguiu tal instituto com a abolição da escravatura no Brasil, sendo sua expressão legal no Código Criminal do Império:

Art. 40. O réu com o seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, onde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Art. 60. Se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. (Revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886) (PIRANGELI. 2001, p. 242-243).

O último relato da utilização da força no Brasil data de 1876, conforme noticiou o jornal Diário de Alagoas:

Até subir ao patíbulo (estrado ou lugar onde os condenados sofrem a pena capital), no dia 28 de abril de 1876, nem o próprio Francisco acreditava que seria enforcado. Segundo descreveu, na época, o jornal Diário de Alagoas: “o réu condenado à pena de morte portava-se na cadeia com alguma intrepidez; dizia que não morreria enforcado”. Escravo, dois anos antes Francisco havia assassinado o capitão João Evangelista de Lima e sua mulher, Josefina. Ao cometer o crime, fora auxiliado por dois escravos do morto, Prudêncio e Vicente. O primeiro morreu quando foi preso. O segundo, ao que parece, foi condenado à força, mas acabou indo para a prisão perpétua. O confiante Francisco não teve a mesma sorte. Escortado por 32 soldados, percorreu as principais ruas da cidade de Pilar de Alagoas até chegar à força. Lá, exatamente às 13 horas, cumpriu sua pena.

Proclamada a Republica no ano de 1.889, em 11/10/1890 foi editado um novo estatuto chamado de Código Penal considerado um marco na legislação penal brasileira, que teve como principais avanços a abolição da pena de morte e instalação do regime penitenciário de caráter correccional.

O atual Código Penal Brasileiro foi sancionado na vigência da Constituição Federal de 1937, suas penas e medidas de segurança, que tinha uma tendência evidentemente autoritária, permaneceram até mesmo depois de sancionada a Carta Magna de 1946.

Apesar de várias tentativas de reforma, o Código Penal de 1940 somente foi modificado em 1984 com a reforma de sua parte geral tendo por base o princípio do *nullum crimen sine culpa* e o desejo de reformulação dos antigos institutos de aplicação da pena.

Essa reforma trouxe um sentido mais humanístico ao Código Penal, uma vez que se criou penas mais brandas para crimes de menor potencial ofensivo bem como o respeito à dignidade da pessoa do preso.

Para reformular e atualizar a lei de execução criminal, em 1957 foi sancionado a Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. A execução criminal cada vez mais se firma como ciência própria, diferente do direito penal e do direito processual penal, e também de caráter jurídico, não meramente administrativo.

Com a edição da Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, surge a atual e vigente Lei de Execução Penal, mas é na Constituição Federal de 1988 que o direito penitenciário é elevado à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 ser competência da União legislar sobre suas normas.

A lei de execução penal brasileira atual é tida como avançada, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservar os bens jurídicos relevantes e de reintrodução de quem foi acusado da prática de uma infração criminal à comunidade.

Em 1998 forma de atenuar o rigorismo da pena, através da Lei n 9.714 foi reformada o Código Penal na parte referente a aplicação das penas restritivas de direitos, sendo acrescentados dois tipos de penas, o da prestação pecuniária e a perda de bens e valores, sendo assim expresso no mencionado código:

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Alterado pela L-009.714-1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A conversão poderá ocorrer também, se a pena for inferior a quatro anos de reclusão. No que diz respeito à pena do crime culposos esta poderá ser substituída independente do *quantum* aplicado

Através da Lei nº 9.099/95 criou-se o juizado especial criminal e pela Lei nº 10.259/01, introduziram-se os Juizados Especiais Criminais Federais para que estes julguem os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes onde a pena máxima não ultrapasse dois anos ou multa.

### 5.1. Teorias da Pena

Atribui-se a John Howard – 1777 o início do penitenciarismo moderno, com sua obra intitulada *The State Of the Prisons* (O Estado das prisões), que deu início ao movimento de reforma dos regimes penais, dando origem aos sistemas penitenciários pensilvaniano ou filadélfico, caracterizado pelo cumprimento da pena em severo isolamento celular, dia e noite, aplicado inicialmente em duas prisões da Filadélfia e auburniano que se apresentava pelo trabalho em comum durante o dia, dentro do mais rigoroso silêncio, e isolamento celular noturno, aplicado num estabelecimento penitenciário de Auburn, ambos porém com base no regime celular, pelo qual se esperava estimular no preso a meditação regeneradora.

O Estado brasileiro ao mesmo tempo em que submete o preso condenado ao cumprimento de sua sanção punitiva, procura recuperá-lo ao menos teoricamente, através de seu reajustamento às normas da vida na comunidade. Procura fazer o condenado executar a pena de maneira a exercer uma ação educativa individualizada em linhas gerais segue o sistema irlandês ou progressivo, surgido após os sistemas pensilvaniano e auburniano, em que se aplicam três estágios distintos: inicial (isolamento), o de trabalho em conjunto e, o do livramento condicional. Uma característica acrescentada no Brasil foi o do trabalho em colônia agrícola, antes do livramento condicional.

Os regulamentos penitenciários brasileiros prevêm a concessão de benefícios gradativos aos condenados, como a possibilidade de visitas íntimas com a esposa ou companheira, visita à família em datas específicas, ao lado de castigos

e restrições disciplinares que não lhes ofendam a dignidade humana nem coloque em risco sua saúde.

Ao longo dos tempos várias teorias foram se formando no que diz respeito à aplicação da pena, como forma de tornar efetiva a aplicação do Direito Penal no meio social dessa busca, surgiram algumas teorias, sendo as mais relevantes as Teorias Retributiva da pena ou Absoluta; as Teorias Preventivas das Penas ou Relativas; e, as Teorias Mistas ou Unificadas, que constituem Teorias oficiais de reação à criminalização.

### **Teoria retributiva da pena (Absolutas)**

Para esta teoria a pena seria apenas uma retribuição ao delinquente pelo fato delituoso por ele cometido, ou seja, aplica-se um mal como contraprestação do mal por ele cometido.

Esgotar-se-ia, com a pena retributiva, o mal que se faz sofrer ao delinquente havendo, com isso, uma compensação do mal do crime.

Com a aplicação dessa teoria, qualquer forma de ressocialização do delinquente não existiria, bem como não existiria a restauração da paz jurídica de determinada sociedade que foi afetada pelo crime.

### **Teorias preventivas da pena (Relativas)**

Buscava-se prevenir a ocorrências de novos delitos através da aplicação da pena, pois o temor da pena seria suficiente para inibir eventual reincidência do apenado.

As teorias preventivas da pena subdividiram-se em Teoria Preventiva Geral e Teoria Preventiva Especial. A Teoria da Prevenção Geral tem na aplicação da pena um fator de ameaça aos demais delinquentes potenciais e, também, para aumentar ainda mais a confiança da sociedade a respeito do direito, ou seja, a pena terá o caráter de, além de punir o agente do delito, intimidar as demais pessoas a

não cometê-lo, pelo que o Estado ganharia mais confiança da comunidade por fazer cumprir o direito, punindo o delinquente.

Na teoria preventiva especial relacionada ao agente delituoso, dá a ideia de que castigando-o com a aplicação da pena tem como fundamento a certeza de que o indivíduo que está sofrendo a sanção não cometerá novos crimes futuramente, possui um caráter ressocializador do indivíduo para que não cometa futuros delitos.

### **Teorias mistas ou unificadoras**

Aproveita os pontos positivos das teorias absolutas e relativas, com exclusão dos pontos negativos de sua execução, ou seja, em parte reparar o mal provocado à sociedade com a prática conduta tida como criminosa e tornar a lei penal símbolo de respeito dentro da sociedade, coibindo o próprio infrator ou membros da sociedade de incorrerem em sua violação, sempre aplicando nesta pena um caráter ressocializador.

O Estado somente deverá recorrer às penas quando não mais for possível outros meios de reação para manter a paz social.

Há que se destacar que no Brasil a prática carcerária esbarra na limitação de verbas que são destinadas ao cumprimento dos objetivos dos códigos e regulamentos que normatizam o sistema de cumprimento de penas, o que tem limitado o fornecimento de vagas e contribuído para acelerar o descontrole por parte do Estado e a “transferência” do domínio dos presídios para facções criminosas que pelo temor dão as ordens e controlam o sistema carcerário nacional.

Além de a Constituição Federal garantir vários direitos dos presos, há as legislações ordinárias que também trazem mais garantias aos presidiários, como o Código Penal e a Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

O princípio norteador do cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a consideração de que o interno é sujeito de direito e não se acha como tal excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma. Nas relações jurídicas referentes à violação de uma norma penal a

aplicação da pena impostas ao condenado, deve ter somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas.

## 5.2. Princípio da Legalidade

Do Princípio da legalidade decorrem mais três outros princípios: o Princípio da reserva Legal, o Princípio da Determinação Taxativa e o Princípio da Irretroatividade.

### Princípio da reserva legal

Advém do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, o qual reza: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina **nem pena sem prévia cominação legal**”.

O marquês Beccaria segundo Cretela e Cretela, (1997, p. 27) já nos ensinava em 1724: “[...] só as leis podem determinar as penas para os crimes, esta autoridade somente pode residir no legislador”.

Na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 8º também trata do referido Princípio:

Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.

A aplicação do Princípio da Reserva Legal exclui a aplicação da analogia e do direito costumeiro em matéria de Direito Penal, exceto se forem utilizados em benefício do réu.

Os integrantes da sociedade estarão cientes que só poderão ser responsabilizados pelos fatos que a norma penal os considera anteriormente criminosos e que as penas estão previamente estabelecidas, assim, todo o poder de

punir do Estado está delimitado pelo Princípio da Reserva Legal., quer seja no tocante a norma incriminadora ou a aplicação da pena.

### **Princípio da determinação taxativa**

As leis penais precisam ser elaboradas de forma que sejam claras, precisas, procurando-se evitar que fiquem lacunas nas leis ou se utilize de palavras ambíguas ou equívocas que poderão dar lugar a arbitrariedade posteriormente.

Como a lei penal precisa ser clara o juiz não poderá utilizar-se do seu livre arbítrio para a aplicação da pena, ele estará limitado à aplicação da lei penal já estabelecida pelo legislador.

Regis Prado (2000, p. 87) elucida: “o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico. (*lex certa*).

### **Princípio da Irretroatividade**

Fundado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XL: “A lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu”.

Trata-se de restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial. (PRADO, 2000, p. 80).

O Código Penal expressa tal dispositivo no seu artigo 3º no tocante à irretroatividade da lei penal: “Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

### **5.3. Princípio da intervenção mínima**

A respeito do tema (JESUS, 2013 p. 50), aduz que:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

(LUIZI, 2003, p. 40), por sua vez, aponta que:

[...] tem-se entendido, ainda, que o direito penal deve ser *ratio extrema*, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

A restrição ou privação desses direitos invioláveis (liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade) somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.

Portanto, só se deve penalizar condutas que realmente sejam graves e que estejam atingindo os valores básicos de convívio social.

#### **5.4. Princípio da humanidade**

A Constituição Brasileira de 1988 inicia-se com o seguinte dispositivo:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo jurídico.

É importante salientar que inúmeras vezes o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não é respeitado, especialmente na aplicação do Direito Penal,

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] A república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. (ZAFARONI; PIRANGELI, 2007, p. 157).

É da lição da Declaração dos Direitos do Homem em seu artigo 5º, que:

[...] ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante". No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis, de 1966, dispõe em seu artigo 10, inciso I, que: "o preso deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana.

### **5.5. Princípio da personalidade**

Também chamado de intranscendência ou personalidade da pena, é considerado como sendo “[...] a pena uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros (ZAFARONI; PIRANGELI, 2007, p. 156).

A pena aplicada não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, somente a pessoa que praticou o delito será condenado, e obrigado a cumprir a pena.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLV afirma que: “[...] nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”.

### **5.6. Princípio da individualização da pena**

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe que: “[...] a lei regulará a individualização da pena”.

Cabe mencionar que a individualização da pena se divide em três etapas distintas, legislativa, judicial e a executória.

A legislativa é a fase da lei em que há delimitação das penas para cada caso concreto, para cada tipo de delito. É nela que se estabelece o tipo de pena que poderá ser aplicada, se é cumulativa, alternativa ou exclusiva.

Na fase judicial ocorre a individualização realizada pelos juízes, onde diante do que foi fixado pela legislação o juiz terá que decidir qual a pena e quantidade a ser aplicada.

No Código Penal as regras estão estabelecidas no artigo 59, quais sejam:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Na última fase, a executória ou administrativa, a individualização ocorre com a sua execução aí que começa verdadeiramente a atuação da sanção penal a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação.

A Constituição Federal por sua vez pontua preceitos que devem ser observados na fase executória, como no inciso XLIX do artigo 5º que diz ser

[...] assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”, como também no inciso XLVIII, do mesmo artigo que impõe que a pena será cumprida em estabelecimentos que podem atender “a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Atualmente, no Brasil, não se admite a aplicação da pena de morte, de caráter perpétuo bem como de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Art. 5º XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

## **5.7. Direitos dos Presidiários na Constituição Federal de 1988**

O artigo 5º da Carta Política de 1988 traz diversos direitos e garantias individuais que são asseguradas a todos os cidadãos. Contudo, importante salientar que da mesma forma com que o artigo 5º traz garantias e direitos, também estabelece algumas limitações para alguns desses direitos, atribuindo, com isso, legitimidade ao Direito penal, e é através desse motivo que se pode apontar a interligação do Direito Penal com o Direito Constitucional.

### **5.7.1. Direito ao silêncio**

Como garantia do art. 5º da Constituição Federal tem o dever a autoridade, de informar quais são os direitos do preso, entre os quais o de permanecer calado, ter assistência da família e de advogado, saber quem são os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial, bem como ter sua prisão comunicada imediatamente ao juiz.

### **5.7.2. Direito à integridade física e moral**

Possui previsão constitucional no artigo 5º, inciso III e XLIX, os quais dizem:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Os direitos contidos no artigo 5º da Carta Maior são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III como também do princípio da prevalência dos direitos humanos, artigo 4º, inciso II da mesma Carta Maior.

Art. 1º III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

O artigo 38 do Código Penal também assegura o direito à integridade física e moral do preso, rezando que: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

### **5.7.3. Direito à assistência religiosa**

Art. 5º VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

Por ser uma norma de eficácia limitada, o direito à assistência religiosa está regulado pela Lei de Execuções Penais em seu artigo 24:

Art. 24 - A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º - No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º - Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Segundo a Lei 9.982/2000, artigo 1º, a assistência religiosa constitucionalmente prevista, compreende o seguinte:

Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis e militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com familiares em caso de doentes que não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.

Diz, ainda, em seu artigo 2º que:

Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1º deverão, em suas atividades, acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não por em risco as condições dos pacientes ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.

Para se fazer a reabilitação do “delinquente”, priva-o a liberdade, contudo, não se pode privá-lo da assistência material, religiosa e cultural.

#### **5.7.4. Direito de petição**

Seu fundamento jurídico está no artigo 41, inciso XIV da Lei de Execução penal, o qual reza que: “Constituem direitos do preso: XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito”.

O direito de petição apresenta-se:

[...] como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade (SILVA 1993, p. 387).

É garantido a qualquer pessoa o direito de petição, uma vez que possui eficácia constitucional e, por isso, as autoridades a quem são endereçadas estarão obrigadas a receber, examinar e responder a reclamação feita, se não tiver sua reclamação atendida ou, ao menos, ter recebido alguma resposta, poderá interpor mandado de segurança, caso seu direito tenha sido violado.

### 5.7.5. Direito à assessoria jurídica integral e gratuita

Direitos que se encontram garantidos nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134 A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Como nos artigos 15 e 16 da Lei de Execução Penal e 261 e 263 do Código de Processo Penal:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Cabendo, portanto, ao Estado indicar defensor público para fornecer informações ao preso, bem como auxiliar no que couber em relação a sua defesa.

Contudo, há uma lei específica, a Lei 1.060 de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária gratuita àqueles que não possuem condições suficientes para arcar com despesas com advogados contratados. E logo em seu artigo 1º, que foi modificado pela Lei 7.510 de 1986, afirma: “Os poderes públicos, federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei”.

E no parágrafo segundo do artigo 2º as pessoas que farão “jus” e serão beneficiadas com esta lei, ou seja, “[...] considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar às custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

#### **5.7.6. Direito à indenização por erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena**

Como decorrência do artigo 5º, inciso LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

E, de acordo com o Código de Processo Penal, em seu artigo 621, o erro judiciário ocorre quando:

Art. 621 - A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O Estado será responsabilizado objetivamente a indenizar o condenado se o mantiver preso além do tempo estabelecido na pena ou concorrer com erro na aplicação de sua pena.

O direito à integridade física e moral, à assistência religiosa, à assessoria jurídica integral e gratuita, direito de petição e o direito à indenização por erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena são direitos garantidos expressamente na Constituição Federal de 1988.

Como remédios para esse último direito constitucional do presidiário para o caso de erro judiciário ou por prisão além dos limites estabelecidos na pena, o condenado poderá utilizar-se da revisão criminal ou do *Habeas Corpus* para a

resolução imediata dessa ilegalidade cometida pelo Estado, além de ter o direito à indenização pelos danos morais e materiais por ele sofridos.

#### **5.7.7. Entrevista pessoal e reservada com o advogado**

Trata-se de um direito que tem seu fundamento na Constituição Federal, que garante aos acusados a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV), assinalando ainda que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (artigo 5º, inciso XXXV). A proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e ampla defesa no processo penal não estaria assegurados se não se permitisse a livre entrevista deste com seu advogado, mesmo na hipótese de se encontrar incomunicável (MIRABETE, 2004, p. 124).

A previsão desse direito constitucional, também encontra-se garantido na Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, inciso IX, bem como na Lei 8.906 de 1994, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em seu artigo 7º, inciso III, onde estabelece que:

Art. 7º São direitos do advogado:

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

A garantia assegurada ao advogado tem por fim possibilitar que a defesa de seu cliente possa ser ampliada e reforçada, com a colheita de elementos que possam contribuir na busca da verdade real.

#### **5.7.8. Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direitos**

Seu fundamento constitucional está no artigo 5º, inciso XXXIV:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Bem como o artigo 41, inciso XIV da Lei de Execução Penal, que diz: “Constituem direitos do preso: XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito”.

#### **5.7.9. Responsabilidade Civil do Estado**

O Estado vem sendo obrigado a indenizar familiares de presidiários quando algum dano a este ocorre quando em estabelecimento penais sujeitos à administração pública, como ocorre no caso do presidiário ser vítima de homicídio, ou até mesmo de suicídio, como se infere do art. 43 do Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Mandamento constitucional estabelece que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Diante desse quadro normativo, a questão que se coloca é a seguinte: Em caso de suicídio de detento dentro de estabelecimento prisional, o Estado responde?

A regra constitucional acima transcrita consagra a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo, em termos de responsabilização do Estado. Assim, essa teoria, leva em conta três parâmetros: pessoas jurídicas responsáveis, o agente público e o dano.

Existem situações que, apesar de ocorrido o dano, o Estado pode se eximir de responder. Nestes casos, ocorrem as chamadas excludentes de responsabilidade que se fundamentam na ausência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão estatal.

Embora, o Estado responda objetivamente pelos danos causados pelos agentes públicos existem hipóteses em que não haverá a responsabilização. São as

chamadas excludentes da responsabilidade estatal quais sejam: caso fortuito ou força maior culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro.

No caso de um detento que comete suicídio em um estabelecimento prisional o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1.305.259-SC, manifestou entendimento de que a Administração Pública está obrigada ao pagamento de pensão e indenização por danos morais no caso de morte por suicídio de detento ocorrido dentro de estabelecimento prisional mantido pelo Estado.

Assim, decidiu o STJ que nessas hipóteses, não é necessário perquirir eventual culpa da Administração Pública. Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio no qual foram inseridos pelo próprio Estado. Portanto, devem ser reconhecidos os referidos direitos em consideração ao disposto nos arts. 927, parágrafo único e, 948 II CC.

Art. 927 CC Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 948 II CC: na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Ao garantir a reparação de danos aos presos, cabe ao Estado minorar os riscos de suas ocorrências já que é a comunidade quem vai estar pagando a conta de um eventual ressarcimento por dano provocado em face da ação ou omissão daquele.

## CONCLUSÃO

Dentro daquilo que quer a Constituição Federal de construir de fato um Estado de Direito Democrático, é importante que seu sistema jurídico esteja devidamente alinhado com os princípios estabelecidos por ela, especialmente o Direito Penal, Processual Penal e a Execução Penal, intimamente ligado ao princípio maior estatuído pelo seu art. 5º que é de um lado garantir a segurança e a convivência pacífica dos cidadãos na sociedade e restringir os direitos de liberdade, nos exatos limites por ela estabelecidos, cujo ícone principal é a dignidade da pessoa humana.

Num primeiro plano é a Constituição que estabelece quais são os bens jurídicos que devem carecer atenção do legislador, pois entende ela que esses bens escolhidos por ela são fundamentais para a manutenção da vida em comunidade, só que também vincula o legislador a observância de determinados princípios, que não observados levaram a invalidade da norma protetiva defeituosa.

Nesse patamar de restrições estabelecido pelos princípios constitucionais é que se norteia a legislação limitadora dos direitos de liberdade do povo brasileiro, cuja fonte principal do legislador é a Constituição Federal quando da elaboração da norma infraconstitucional, sendo ela fonte de referência para o julgador no momento de aplicar a medida restritiva do direito de liberdade e também do órgão do Poder Executivo no instante em que a pena se torna um fato concreto e deverá ser objeto de execução.

É claro o avanço pelo qual passou o país do seu descobrimento até os dias atuais, no que diz respeito à elaboração do Direito Penal, Direito Processual Penal e a Execução Penal, avançamos da pena de morte e do açoite públicos para a norma que garanta o direito a vida e a integridade física do preso, só não obtendo mais avanços na área penal pelos resquícios existentes na fase de fiscalização da observância pelo cidadão da norma penal, em especial aquela chamada de repressão imediata ou mesmo no momento da apuração da infração penal e quando se trata da fase de execução da sentença judicial com aplicação da pena de prisão, cujas cadeias (presídios) em sua maioria são depósitos de presos que não garante a individualização da pena, respeito a integridade física e nem a possibilidade de

ressocialização, que conta com o apoio da sociedade e a omissão das autoridades e agentes políticos do Estado, talvez ainda aqui perseguimos o sonho de D. Pedro I externado na Constituição de 1824: “Art. 179 - XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstanciais, e natureza dos seus crimes”.

Pela tolerância do Estado na manutenção de um sistema prisional defeituoso o controle do crime impera sobre o Poder Público e que passa a ditar as regras de convivência interna, ameaças internas e externas e mesmo tornando efetiva as ameaças perpetradas contra o cidadão comum, autoridades e agentes públicos em especial das forças de segurança (policiais) ou agentes de segurança penitenciário, dos quais é constante a notícia de abates desses cidadãos como forma de perpetuação do domínio pelo terror.

Também tem se observado um Estado leniente com aspectos de corrupção de seus agentes quando tolera a entrada de telefone celulares, drogas e até mesmo armas branca ou de fogo no interior dos presídios, o que possibilita o domínio interno e o controle externo das ações criminosas.

Por fim a letra da Constituição com seus princípios e das Leis Penais são muito promissoras no sentido de que haja definitivamente um avanço nas suas efetivações, pois só assim poderemos obter a tão sonhada tranqüilidade, salubridade e segurança pública, requisitos essenciais para a vida em sociedade e em especial pela manutenção da vida humana no planeta terra.

## BIBLIOGRAFIA

BARROSO, G.H.L. **A Magna Carta de João-Sem-Terra (1215), a petição de direitos (1628) e o devido processo legal.** Disponível em: <http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/> Acesso em: 10/01/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

CRETELLA, J.J. e CRETELLA, A. **Dos delitos e das penas.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo - **Encyclopaedia Britannica do Brasil**, 1995. v. 6, São Paulo: Editora Melhoramentos, 1994.

FERNANDES, A.S. **Processo penal constitucional.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, A.P. **A marcha do processo.** Rio de Janeiro: Companhia Forense, 2000. 534p.

JESUS, D.E. de. **Direito penal.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUISI, L. **Os princípios constitucionais penais.** 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

MAZZILLI, H.N. **A defesa dos interesses difusos em Juízo.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, N.R. **Manual de direito penal.** 29 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

NORONHA, E.M. **Direito penal.** vols. 2 e 3, São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, G. de S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PIRANGELI, J.H. **Códigos penais do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, L.R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEIRA, H. **Formação histórica da Polícia de São Paulo**. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria da Segurança Pública, 1965.

ZAFARONI, E.R.; PIRANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro**. 7 ed. v. 1, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

## **ANEXO**

### **Gestão do Sistema Penitenciário**

#### **“CHEFÕES DO CRIME ESTUPRAM MULHERES DE DETENTOS NA PENITENCIÁRIA DO MARANHÃO”.**

Josias de Souza (UOL-notícias 24/12/2013 - 04h52min)

A governadora do Maranhão, Roseana Sarney (PMDB), perdeu a autoridade sobre um pedaço do território do seu Estado. No Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, quem manda é o crime organizado. Essa espécie de terceirização do cadeia maranhense às facções criminosas será retratada em relatório a ser entregue nas próximas horas ao presidente do STF, Joaquim Barbosa, e ao procurador-geral da República, Rodrigo Janot.

Chama-se Douglas de Melo Martins um dos redatores do documento. É juiz auxiliar da presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Após visitar a penitenciária de Pedrinhas, ele adicionou ao rol de mazelas já colecionadas em inspeções anteriores uma novidade macabra: mulheres e irmãs de presos são forçadas a manter relações sexuais com chefes das facções criminosas que controlam a cadeia: o Primeiro Comando do Maranhão e o Bonde dos 40.

“As parentes de presos sem poder dentro da prisão estão pagando esse preço para que eles não sejam assassinados”, relata o doutor Douglas. “É uma grave violação de direitos humanos.” A atmosfera de caos

facilita os estupros. No presídio do Maranhão, a tradicional separação dos presos em celas não existe mais. As grades foram arrombadas em rebeliões. Grupos de 250 a 300 presos compartilham suas iras e angústias misturados nas galerias.

Não há nesse inferno prisional espaço adequado para as visitas íntimas, tal como previsto em lei. O bom senso recomendaria que, em tais circunstâncias, os contatos físicos dos presos com suas mulheres e namoradas fossem suspensos. Não foi o que sucedeu no complexo de Pedrinhas. A direção da unidade não teve pulso para proibir as relações sexuais. Elas ocorrem ali mesmo, nas celas abertas. Por quê? Ora, porque os mandarins do crime querem que seja assim.

“Por exigência dos líderes de facção, a direção da casa autorizou que as visitas íntimas acontecessem no meio das celas”, conta o juiz Douglas Martins. Em contato com o secretário de Justiça e da Administração Penitenciária do Maranhão, Sebastião Uchôa, o enviado do CNJ pediu providências. O auxiliar da governadora Roseana “prometeu acabar com a prática”. Vivo, Garrincha perguntaria: ‘Já combinaram com o Primeiro Comando do Maranhão e o Bonde dos 40?’

O olheiro do CNJ trouxe do Maranhão outra evidência de que o Estado manda pouco, muito pouco, quase nada na penitenciária de Pedrinhas. A inspeção dos visitantes só alcançou as áreas que os presos consentiram. “Como as celas não ficam fechadas, os agentes de segurança recomendaram não entrar”, relata o magistrado Douglas Martins. Por quê? Os barões da cadeia não autorizaram. “Seria muito arriscado”, declara o juiz.

Apenas no ano de 2013, estima-se que morreram na penitenciária do Maranhão mais de 50 detentos. Na penúltima rebelião, ocorrida na semana passada, feneceram cinco, três deles com as cabeças

apartadas dos respectivos pescoços. Foi a imagem medieval das decapitações que levou o CNJ de volta às mazelas de Pedrinhas. Acompanhou o doutor Douglas um representante do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o conselheiro Alexandre Saliba.

Na última sexta-feira (20), em visita à governadora Roseana Sarney, Alexandre Saliba entregou-lhe ofício remetido pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot. No texto, o chefe do Ministério Público Federal requisitou informações sobre as providências eventualmente adotadas para deter o descalabro do sistema prisional. Deu três dias de prazo para o envio de uma resposta. Roseana disse a Saliba que atenderá à requisição de Janot nesta terça-feira (24) natalina. Será?

Conforme já noticiado aqui, Janot cogita requerer ao STF a decretação de uma intervenção federal no Maranhão. O descontrole da penitenciária de São Luís vem sendo atestado por emissários de Brasília desde 2011. Pressionando aqui, você chega a um relatório referente à inspeção anterior à que ocorreu na semana passada. Deu-se em outubro de 2012, nas pegadas de outra rebelião, que levou à cova dez presos.

O documento faz menção a uma audiência dos inspetores com Roseana Sarney. Nessa reunião de um ano e dois meses atrás, a governadora prometera erguer 11 novos presídios em seis meses – um em São Luís e outros dez no interior do Estado. Entre uma rebelião e outra, com a promessa da governadora de permeio, nada mudou na cadeia de Pedrinhas. A penitenciária continua sendo o melhor local para a construção de um Maranhão inteiramente novo. Caos não falta.