

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC – SP**

**FLAVIO AUGUSTO ANTUNES**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC – SP**

**FLAVIO AUGUSTO ANTUNES**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.

**São Paulo  
2010**

**Banca Examinadora**

---

---

---

## **Dedicatória**

**Dedico este trabalho aos meus pais Osvaldo e Creusa, pelos esforços e renúncias de suas vidas em meu favor, e à minha esposa Maria José e às nossas filhas Maria Eduarda e Maria Laura, pelo carinho e amor de que sou agraciado e por me tornarem a cada dia uma pessoa melhor.**

## **Agradecimentos**

A Deus, antes de tudo, pela perfeição da vida e pela saúde a mim concedida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, pelos ensinamentos oferecidos e por ter acreditado na conclusão deste trabalho.

Aos colegas de escritório, por terem feito minhas vezes quando necessitei realizar as pesquisas para a preparação desta dissertação.

Ao Professor Doutor Marcelo Fortes Barbosa (*in memoriam*), por inculcir em mim a beleza do Direito Penal.

Ao Centro Universitário Assunção – UNIFAI, por ter viabilizado a realização desta dissertação de Mestrado com a bolsa de estudos e as aulas que me foram oferecidas.

## **RESUMO**

A dissertação tratará do princípio da presunção de inocência, abordando a sua evolução histórica e a sua conceituação atual, dentro do sistema legal em que enquadrado. Referido princípio será analisado no âmbito dos tratados internacionais e dos sistemas legais de outros países.

A dissertação também cuidará do denominado direito penal do inimigo, conforme destaque da doutrina atual de direito penal, apresentando as suas origens e o tratamento que lhe foi dado pela legislação de outros países, para se demonstrarem, também, os casos em que esse direito é atualmente previsto na legislação brasileira.

Ao final, buscar-se-á fazer uma análise crítica sobre a possibilidade de harmonização entre o princípio da presunção de inocência e o sistema do direito penal do inimigo, fazendo algumas reflexões conclusivas sobre os caminhos do direito penal do futuro, considerando a coexistência de ambos os sistemas.

Palavras-chave : Princípios. Presunção de Inocência. Direito Penal do Inimigo.

## **ABSTRACT**

The dissertation shall treat the principle of the presumption of innocence, by approaching its historical evolution and its current concepts within the legal system in which it is fitted. The mentioned principle shall be analyzed in the scope of international treaties and legal systems of other countries.

The dissertation shall also deal with the so called criminal law of the enemy, as amended by the current doctrine of criminal law, by presenting its origins and the treatment it received in the legislation of other countries, in order to demonstrate the cases in which this right is currently previewed in the Brazilian legislation.

At the end, a critical analysis on the possibility of harmonizing the principle of the presumption of innocence and the criminal law of the enemy shall be accomplished, by making some conclusive reflections on the paths of the criminal law in the future, by considering the coexistence of both systems.

Key-Words: Principles. Presumption of Innocence. Criminal Law of the Enemy.

## SUMÁRIO

I	-	Introdução .....	pág. 9
II	-	Valores, Enunciados, Postulados, Princípios, Regras e Normas. Definições e Distinções .....	pág. 12
III	-	Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal .....	pág. 24
		III.1. Princípio da Legalidade .....	pág. 24
		III.2. Princípio da Culpabilidade .....	pág. 26
		III.3. Princípio da Intervenção Mínima .....	pág. 28
		III.4. Princípio da Humanidade .....	pág. 30
		III.5. Princípio da Pessoalidade e da Individualização da Pena .....	pág. 33
		III.6. Princípio do Devido Processo Legal .....	pág. 35
		III.7. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa .....	pág. 37
IV	-	Princípio da Presunção de Inocência .....	pág. 39
		IV.1. Escorço Histórico .....	pág. 39
		IV.2. A Presunção de Inocência no Sistema Jurídico Brasileiro .....	pág. 47
		IV.3. A Presunção de Inocência na Constituição Federal .....	pág. 56
		IV.4. A Presunção de Inocência nos Tratados Internacionais .....	pág. 63
		IV.5. A Presunção de Inocência e Direito Comparado .....	pág. 69
V	-	Direito Penal do Inimigo .....	pág. 73
		V.1. Direito Penal do Inimigo e Direito Comparado .....	pág. 80
		V.2. Direito Penal do Inimigo no Sistema Jurídico Brasileiro .....	pág. 88
VI	-	Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo .....	pág. 100
VII	-	Conclusões .....	pág. 104
VIII	-	Referências Bibliográficas .....	pág. 107

## I – INTRODUÇÃO

A presunção de inocência deve ser analisada atualmente, quanto à sua aplicação, frente a problemas da criminalidade contemporânea, em razão da escalada das organizações criminosas, inclusive de forma transnacional.

Conquanto verdadeiramente se trate de um princípio constitucional, sua aplicação atual não comporta mais uma extensão absoluta, devido à necessidade de sua harmonização com outros princípios constitucionais.

Esse princípio é considerado hoje uma garantia fundamental do cidadão pelo texto constitucional vigente, cuja regra prevista no artigo 5º, LVII, prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Como a norma constitucional é ampla e abstrata, não gozando em regra de uma concretude específica a abarcar uma determinada situação – como ocorre em geral com as demais normas infraconstitucionais –, tem conteúdo programático, finalístico, mas sem uma delimitação específica, o que possibilita a sua atualização interpretativa conforme o momento ideológico da sociedade, até mesmo para que seu conteúdo seja harmonizado com as demais normas constitucionais, as quais vivem, também, em constante evolução.

E justamente em razão dessa atualização interpretativa, discussão há no sentido de querer restringir essa garantia porque estaria em descompasso com o combate necessário à criminalidade atual, mais sofisticada e organizada.

A fundamentação por essa restrição à presunção de inocência, segundo os que sustentam a sua necessidade, tem guarida no postulado da harmonia das normas constitucionais, em razão da sua unidade, para os quais as garantias penais não são concedidas em grau absoluto, havendo a sua relativização em prol de outras máximas constitucionais, como o direito à vida, à propriedade e à

segurança, consoante *caput* do artigo 5º do texto constitucional, também garantias individuais.

A restrição à presunção de inocência como medida de combate à criminalidade nos tempos atuais, porém, não é nada tranquila, pois muitas vezes pode o caso concreto fazer letra morta do dispositivo constitucional que lhe assegura.

E ainda que essa restrição eventualmente tenha supedâneo em outras garantias individuais, como o direito à vida, à propriedade e à segurança, complexa é a decisão de até que ponto pode haver essa delimitação, por total falta de um norte constitucional existente, pois, também de forma programática, ao desenvolver os conteúdos desses outros direitos fundamentais, o texto constitucional só contempla a segurança pública, a ordem econômica justa, a seguridade social e o meio ambiente equilibrado, nos termos em que preveem os artigos 144, 170, 194 e 225, respectivamente.

Manifesta, assim, a necessidade de harmonização das normas constitucionais para se preservar a sua unidade. E este é o ponto da discussão, pois difícil é achar o equilíbrio, o fiel da balança, entre o conhecido princípio da presunção de inocência e o assim denominado, hoje, direito penal do inimigo, vertente do direito penal que adota uma posição mais linha dura dirigida ao combate, por exemplo, dos crimes praticados por organizações criminosas.

Sobre o direito penal do inimigo, denominam-se como tal as normas de cunho penal mais severas, absolutamente desproporcionais em relação ao objeto que buscam tutelar, cuja principal finalidade é reprimir a criminalidade que não é passível de enfrentamento eficaz pelo direito penal comum.

Para se atingir essa finalidade, antecipa-se também a tutela penal dos bens jurídicos penalmente relevantes a atos anteriores à sua efetiva ofensa, em razão do perigo da atividade criminosa e não do dano provocado pelo crime, sendo

esta segunda situação, a propósito, a normalmente verificada em matéria de política criminal.

O direito penal do inimigo, ademais, preocupa-se mais com o autor em potencial do crime do que com o próprio crime por ele praticado, justamente o contrário do que se tem de dogma penal atual.

Assim, o princípio da presunção de inocência parece ser incompatível com a ideia que se tem de direito penal do inimigo, em razão dessa antecipação do fato criminoso e de haver a preocupação com o autor do fato antes mesmo de ele ofender o bem jurídico, causando o dano.

Por isso, e como justificativa principal sendo o combate às organizações criminosas, serão analisadas nos capítulos seguintes as razões de limitação do princípio da presunção de inocência e a aplicação e reconhecimento, aqui no país, do que se entende por direito penal do inimigo.

## **II - VALORES, ENUNCIADOS, POSTULADOS, PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMAS. DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES**

O Direito é interpretação. Na aplicação do Direito, impondo-se as regras a uma dada situação concreta, faz-se necessária a utilização de mecanismos de interpretação das regras, numa escolha volitiva, em sintonia com a realidade, para se definir, dentro de algumas possibilidades, a norma aplicável ao caso concreto.

A interpretação do Direito não é tarefa fácil, pois não se está diante de uma ciência exata. A uma dada situação, cada intérprete pode atingir um resultado distinto quanto à aplicação da norma a esse referido caso.

São várias as etapas da interpretação. O legislador, ao cunhar a regra a um caso hipotético, só toma a decisão de se atingir esse caso, fazendo com que haja uma relação de subsunção entre o fato previsto e a regra criada, depois de realizar um procedimento de interpretação. Depois, o aplicador da lei, que não necessariamente chega à mesma conclusão do legislador, também realiza um processo interpretativo. E várias são as pessoas que podem atuar nesse processo interpretativo sobre uma dada situação concreta, cada uma podendo alcançar distintas decisões interpretativas sobre a mesma regra, o que vale dizer que da mesma regra várias normas podem ser tiradas.

Isso é comum e até natural, no Direito, porque as palavras utilizadas na produção das regras têm sentido equívoco, o que lhe possibilita tirar variadas normas, ainda mais em se considerando os seus fundamentos de validade de acordo com o que imagina cada intérprete.

Celso Ribeiro Bastos coloca essa situação de forma similar, acrescentando, porém, outro motivo por que várias são as normas extraídas do mesmo texto legal, conforme se observa:

“Isso porque, como se sabe, as palavras, mesmo em Direito, revestem-se, invariavelmente, de certa imprecisão, que surge em alguns casos como uma abstratividade exacerbada, ou como de conteúdo plúrimo. Com isto, sua exatidão é abandonada, restando vago seu teor. Prestam-se dessa forma, as palavras, às mais variadas formas de preenchimento. O conteúdo de cada expressão, embora definível, resta indefinido porque vários são os significados que um mesmo termo pode revelar. E a razão disso está principalmente no fato de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. Para que a lei cumpra seu propósito de disciplinar um número infindável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica”<sup>1</sup>.

Embora haja imprecisão na utilização dos termos apropriados à formação da regra jurídica, daí o porquê de sua equivocidade, não há como se deixar de trabalhar, também na interpretação, com a linguística, para ao menos serem escolhidas as palavras mais adequadas à formulação da regra.

Embora se busque na interpretação de um preceito se atingir um determinado conteúdo, definitivo, até por imperativos de segurança jurídica, para que não haja iniquidades, nem sempre isso ocorre.

Veja-se, assim, que o conhecido brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio* não tem razão de ser. Na verdade, há até uma incoerência em sua formulação, porque para se afirmar que na claridade da lei não há necessidade de interpretação se tem que, antes, realizar um processo interpretativo. A norma só é clara porque alguém, ao se deparar com a sua regra, interpreta-a de tal forma a se atingir esse resultado.

De outro lado, a interpretação, além de necessária para se definir um determinado conteúdo à regra, estabelecendo sua norma jurídica, também é utilizada de forma a renovar o Direito.

---

<sup>1</sup> *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, págs. 39-40.

Não que só pela interpretação se revogue um comando normativo anterior. Não é isso. Um mesmo texto legal, por estar fundado em pressupostos sociais ou culturais, por exemplo, em razão da mudança dessa conceituação social ou cultural, terá outro tipo de aplicação, uma norma distinta sobre um mesmo texto legal.

A título de ilustração, pode ser destacado, no campo do Direito Penal, o crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, quando, ainda sob a vigência da Lei nº 6.368/76, em alguns momentos houve a criminalização por ser considerado como entorpecente o “lança-perfume” e em outros não, não obstante o preceito legal fosse o mesmo.

Da mesma forma isso ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional a regra da lei de crimes hediondos que vedava a progressão de regime prisional ao preso que cometesse crime hediondo ou equiparado, e, depois, em outro julgamento, anos mais tarde, decidiu ser inconstitucional esse mesmo texto, por ir de encontro ao que determina a Constituição Federal de 1988, ao assegurar o princípio da individualização da pena<sup>2</sup>.

Esse julgamento pelo Supremo Tribunal Federal é bastante emblemático da assertiva aqui posta, segundo a qual se pode tirar de um mesmo comando legal, com a evolução social, normas distintas, visto que foi, inclusive, o mesmo órgão do Poder Judiciário que assim o fez.

Referindo-se a esse ponto, quanto às normas constitucionais, Celso Ribeiro Bastos diz que:

“A norma constitucional, muito freqüentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta de fenômeno, surge a possibilidade da chamada ‘atualização’ das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além de mero pressuposto de aplicação de

---

<sup>2</sup> STF – HC 82.959-SP – rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Tribunal Pleno – J. 23.02.2006, RTJ 200/795.

um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto do de existência de novas ideologias”<sup>3</sup>.

Não se trata de uma situação de insegurança jurídica essa interpretação distinta. Trata-se isto sim de aplicação do princípio da justiça, concebido como princípio geral de Direito, pois, este, o Direito, como instrumento de pacificação social, tem por finalidade atingir a Justiça.

Alexandre de Moraes assim se pronuncia sobre essa situação:

“O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios, etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete”<sup>4</sup>.

E dentre as várias formas de se interpretar o texto constitucional, Michel Temer destaca o modo sistemático:

“Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Estes, como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo.

.....

.....

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pág. 111.

<sup>4</sup> *Direito Constitucional*, São Paulo: editora Atlas, 2002, pág. 43.

Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras”<sup>5</sup>.

Dentro da hermenêutica jurídica, a doutrina mais tradicional difere a interpretação da integração, colocando que aquela atua na lei, explicitando o seu significado, ao passo que esta na omissão da lei, complementando a sua aplicação. Teria, assim, a interpretação, seus métodos gramatical, histórico, axiológico e sistemático para se alcançar uma tal aplicação do texto legal. Já a integração, ainda que utilizando dos mesmos métodos da interpretação, ou mesmo da analogia, dos bons costumes e dos princípios gerais do direito, supriria a lacuna da lei.

Considerando a definição constitucional sobre quem pode fazer as leis no sistema jurídico brasileiro, em verdade o operador do direito só pode se utilizar da interpretação dentro do processo de hermenêutica, sendo a integração, assim, uma forma desse processo interpretativo.

Conquanto a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) fale em omissão da lei em seu artigo 4º, determinando que o “juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, sendo esta uma vertente do princípio da inafastabilidade da jurisdição (C.F., art. 5º, XXXV), que também está presente no Código de Processo Civil (art. 126), trata-se a hipótese de interpretação. Ao Estado-Juiz não cabe criar leis e sim interpretá-las, para solucionar o caso concreto.

Nessa visão do ordenamento jurídico, em que não há lacunas ou omissões em seu campo, nem contradições, tem-se a formação de um sistema unitário, e por isso coerente e completo, conforme inclusive ensina Norberto Bobbio,

---

<sup>5</sup> *Elementos de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, págs. 22-23.

em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*<sup>6</sup>, para o qual do próprio sistema são tiradas todas as soluções para um dado caso concreto, não havendo, assim, contradições entre as normas, ou seja, situações de antinomias, e nem lacunas, porque sempre há soluções normativas dentro do próprio sistema.

Como se vê, tudo é interpretação, e dentro de um sistema unitário de onde se extraem todas as soluções de dúvidas quanto à aplicação do Direito.

Nesse sentido, segundo Del Vecchio, filósofo e jurista italiano, *apud* Vicente Ráo, "... o legislador, na realidade, só impôs uma condição no tocante às relações entre os princípios gerais e as regras particulares e legais de direito, a condição, isto é, de que entre estas e aquelas não haja desacordo, ou antinomia"<sup>7</sup>.

E prossegue o jurista italiano, nas palavras de Vicente Ráo, dizendo que "tal condição se baseia, essencialmente, na natureza do sistema jurídico, que deve formar um conjunto só e coerente, um verdadeiro organismo lógico, suscetível de oferecer uma diretriz segura, não equívoca, que não comporte qualquer solução contraditória para qualquer relação social possível"<sup>8</sup>.

E mais uma vez, afirma Del Vecchio, concluindo sua idéia sobre o sistema, que:

"A harmonia das diversas partes componentes do sistema deve ser experimentada e confirmada a cada instante, aproximando-se as regras particulares entre si e relacionando-as com os princípios gerais a que se prendem. Só assim poderá o jurista compreender o espírito do sistema e observá-lo em suas aplicações particulares, evitando os erros que se produziriam se ele se contentasse em considerar, por um modo geral, apenas esta ou aquela regra em si mesma. O jurista e, especialmente, o juiz, deve tanto quanto possível, dominar e, por assim dizer, reviver o inteiro sistema, compenetrando-se de sua unidade espiritual, desde os princípios remotos e subentendidos, até as mínimas

---

<sup>6</sup> 10ª ed., Brasília: ed. UnB, 1999, pág. 115.

<sup>7</sup> *O Direito e a Vida dos Direitos*, 6ª ed., São Paulo: ed. Revistas dos Tribunais, 2004, pág. 300.

<sup>8</sup> *Idem Ibidem*, pág. 300.

disposições de detalhe, como se fossem autores do todo”<sup>9</sup>.

Também destaca a relevância da interpretação, para manter a coerência do sistema, Maria Helena Diniz, para a qual “como a ciência jurídica procura conhecer o direito como um todo de sentido, deve descrevê-lo em proposições isentas de contradição lógica, partindo do pressuposto de que os conflitos normativos podem e devem ser necessariamente resolvidos pela via interpretativa”<sup>10</sup>.

Em seu Teoria Pura do Direito<sup>11</sup>, Hans Kelsen, ao tratar da unidade lógica da ordem jurídica, ressalta o aspecto da norma fundamental, como sendo o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento, razão pela qual não há contradição de normas. Para o jurista alemão, ademais, não há contradição entre as normas porque o que há na verdade é conflito entre uma norma válida, conforme a norma fundamental, e uma norma não válida, em desconformidade, portanto, com a norma fundamental, tudo sendo resolvido, assim, pela via da interpretação.

Claro que nessa visão sistêmica do Direito, e por isso escalonada, necessário se faz destacarem os seus fundamentos, condição de validade de todo o sistema, por lançarem luzes sobre todo o ordenamento normativo, desdobrando-o em várias regras, normas, enunciados, princípios, postulados e valores.

Importante realçar as definições dessas terminologias, pelo menos as que aqui serão consideradas, para que haja um maior entendimento dos conceitos e também para que se possa trabalhar com o escalonamento normativo kelseniano do sistema jurídico, ainda mais diante da crise instalada diante da contradição aparente entre o jusnaturalismo e o positivismo puro, cujas respostas ainda não são definitivas<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Idem Ibidem*, págs. 300-301.

<sup>10</sup> *Conflito de Normas*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 15.

<sup>11</sup> 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, págs. 228-232.

<sup>12</sup> Fala-se em crise tendo por base o crescimento das Codificações no século XIX, em detrimento de uma posição jusnaturalista, e a posterior derrocada do positivismo puro no final da primeira metade do século XX.

Os princípios. São tidos como o fundamento, a base, os alicerces do ordenamento jurídico. Emanam deles normas cogentes que determinam a diretriz do sistema, servindo como paradigmas ou fundamento de validade das normas que lhes são derivadas. Positivados ou não, têm a mesma influência, sendo que em várias ocasiões podem vir refletidos nas normas jurídicas de um escalão inferior.

Inicialmente, como prescreve Walter Claudius Rothenburg, “por força de sua suposta natureza ‘transcendente’, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito”<sup>13</sup>.

Os princípios também são normas jurídicas porque se irradiam sobre todo o sistema assistindo o operador do direito na aplicação das demais normas jurídicas, valendo-se inclusive como referências basilares em um processo de interpretação, como normas fundantes desse sistema.

Os princípios, até em razão de sua relevância, são postos na Constituição, por ser este o texto de maior relevância para o sistema jurídico pátrio. E ainda que não sejam positivados, explicitamente, vários princípios existem de uma forma implícita, conforme admite o próprio texto constitucional, ao prescrever que “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”<sup>14</sup>.

Os princípios, como normas estruturantes que são, fundamento de validade de várias outras normas, externam valores necessários para a convivência social em um Estado de Direito, que hão de ser seguidos pelas outras normas reflexas do sistema.

---

<sup>13</sup> *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, pág. 13.

<sup>14</sup> Artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Não é o fato de o princípio ser explícito, previsto de uma forma literal em um tal preceito, que o torna norma. Mesmo os princípios implícitos são normas válidas do sistema, reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido escreve Sérgio Sérulo da Cunha, para quem “o fato de que um princípio se torne explícito, isto é, que venha a ser expresso no texto de uma disposição legal, não faz com que se transforme em norma. Nem todas as disposições legais abrigam normas; variado é seu conteúdo, que pode corresponder a ilocuções, a determinações, a regras, a atribuições e a princípios”<sup>15</sup>.

Os princípios têm uma abstração maior, aplicando-se sobre uma pluralidade de situações, sem um conteúdo determinado, exato, não sendo só uma regra, mas um comando que dá o norte, a diretriz a várias outras regras.

Importante destacar os conceitos de princípios e regras utilizados por Luiz Roberto Barroso:

“*Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A Aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das

---

<sup>15</sup>*Princípios Constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 45.

circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”<sup>16</sup>.

Outro não é o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho, para o qual:

“a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”<sup>17</sup>.

Tratou-se acima dos conceitos de princípios e regras, considerando, em ambos os casos, a situação de norma constitucional, sendo aqueles detentores de maior vagueza, generalidade, abstracção e conteúdo, e estas, de maior determinação, objetividade, singularidade e concretude, porém, tanto os princípios como as regras são normas jurídicas, não havendo contradição ou qualquer tipo de antinomia entre tais normas, em especial por causa do aspecto da unidade

<sup>16</sup> Co-Autores : Ana Paula de Barcellos, Jane Reis Gonçalves Pereira, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008, págs. 338-339.

<sup>17</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 6ª reimpressão, Coimbra: edições Almedina, 2003, págs. 1160-1161.

constitucional, segundo o qual seus preceitos não podem ser inválidos se confrontados com outros.

Parecidos com os princípios, os valores constitucionais também têm extrema relevância no processo de interpretação das normas, pois dão as diretrizes dos anseios do povo. Os valores transcendem o ordenamento jurídico formal, e, nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos, eles “expressam aqueles objetivos que devem ser alcançados pelo ordenamento jurídico e que representam o consenso de todos, é dizer, expressam um sentimento comum a toda sociedade. Os valores são mutáveis, pois eles têm necessidade de se acomodarem às novas realidades”<sup>18</sup>.

Os valores estabelecem as normas mais substanciais da Constituição, como a vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana etc. Seu conteúdo é extenso, com um comando programático, na ordem do dever-ser, diferenciando-se dos princípios porque estes contêm regras que estabelecem determinada atuação. Estes, os princípios, são mais assertivos, ao passo que os valores apenas têm o condão de dirigir determinada orientação, de uma forma mais vaga e abrangente que a norma traçada no princípio.

Ainda no campo da interpretação das normas, mormente em se tratando de interpretação das normas constitucionais, há a figura dos postulados constitucionais, que embora não tenham nenhum cunho material, quanto ao seu conteúdo, balizam a atuação do intérprete por serem comandos normativos determinantes do constitucionalismo.

Os postulados são pressupostos do sistema constitucional. Não que sejam normas diretas, explícitas, do texto da Constituição, na verdade seu determinismo é tirado da evolução social, dos precedentes, do costume, já que estão arraigados na origem do constitucionalismo, sem os quais esse sistema seria inconcebível.

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pág. 240.

Os postulados constitucionais fixam, assim, (i) a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento, numa relação de hierarquia mesmo, afastando, assim, conforme Celso Ribeiro Bastos<sup>19</sup>, toda interpretação que venha das normas infraconstitucionais, visto que há de se proceder à interpretação a partir da Constituição; (ii) a unidade da Constituição, no sentido de que todos os preceitos constitucionais são harmoniosos entre si, não existindo contradições ou antinomias entre suas normas, devendo haver sua interpretação de uma forma sistêmica, e assim todas as regras do texto constitucional acabam se complementando, ainda mais porque têm nos princípios e valores seu sentido; (iii) a maior efetividade possível das normas constitucionais, postulado este que não visa a dar uma interpretação abrangente do texto da Constituição, e nem favorecer alguém em uma situação de dúvida, mas sim não fazer do texto constitucional letra morta, visto que todas as normas têm de produzir algum efeito.

Semelhantes aos postulados são os enunciados instrumentais, que também não têm nenhum cunho valorativo ou axiológico, mas guiam a tarefa do intérprete, como o são (i) os que tratam da interpretação dos preceitos conforme o sentido comum das palavras, para que seja dado o mesmo sentido às mesmas expressões e, às distintas, um outro; (ii) o da atribuição de um significado visando a atingir a finalidade que busca o sistema ao qual pertence a norma; (iii) o da atribuição de um significado conforme a vontade do legislador; (iv) e o da atribuição do seu significado conforme o momento histórico em que a norma foi criada.

Esses enunciados não têm hierarquia entre eles, e a escolha de seu uso, juntamente com outros instrumentos de hermenêutica, cabe ao intérprete, que há de se guiar, obviamente, pelos princípios e valores constitucionais.

---

<sup>19</sup> *Op. cit.*, pág. 172.

### **III - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL E AO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Como visto no capítulo anterior, os princípios são os fundamentos do ordenamento jurídico. De seus comandos, irradiam as diretrizes do sistema normativo, que funcionam como fundamento de validade de outras normas.

Os Constituintes de 1988 foram extremamente pródigos ao incluírem no texto constitucional uma série de princípios penais e processuais penais, dispostos em essência no artigo 5º, que trata das garantias individuais, conquanto haja alguns outros que não estejam explicitados.

Verdade que a Carta de 1988 nada mais é que reflexo e rescaldo do momento político anterior, do qual se desvinculou, prescrevendo normas garantistas em resposta ao que aconteceu durante o regime militar nos anos 1960 a 1980, período este conhecido como “anos de chumbo”, em razão da repressão militar e da supressão de vários direitos fundamentais.

Sobre os princípios constitucionais penais, Luiz Luisi destaca os seguintes: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da culpabilidade; c) o princípio da intervenção mínima; d) o princípio da humanidade; e) os princípios da pessoalidade e da individualização da pena<sup>20</sup>.

#### **III.1. Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade se desdobra em três vertentes. Uma se refere à exigência de lei para se definir crime, também conhecida como “reserva legal”, segundo a qual só a lei pode definir crimes e penas. Outra se refere ao aspecto da taxatividade, visto que a lei deve contemplar todos os elementos do crime. A última vertente está na anterioridade da lei penal, pois a lei deve ser anterior ao fato tido como criminoso.

---

<sup>20</sup> *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 17.

A doutrina diverge sobre a origem do princípio da legalidade. Uns apontam como sendo fruto dos ideais do Iluminismo do século XVIII<sup>21</sup>, momento em que o absolutismo estatal foi derrocado pelo primado da lei, sendo bastante emblemática a Revolução Francesa, fruto desse período. Outros se referem à Carta Magna Inglesa de 1215, do Rei João Sem Terra, ao passo que um outro grupo refere-se ainda como se tivesse sido no direito romano<sup>22</sup>.

Verdade é que o princípio da legalidade tal qual hoje considerado passou a ser vislumbrado em sua forma mais técnica para o direito penal após a obra de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) denominada “*Dei delitti e delle pene*” (Dos Delitos e das Penas), livro este publicado em 1764, sendo que foi o jurista alemão Ludwig Anselm Von Feuerbach que em 1813 criou a fórmula latina até hoje conhecida como “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”<sup>23</sup>.

Com o surgimento dos Estados Democráticos, o princípio da legalidade passou a integrar os textos constitucionais, sendo hoje sinônimo de civilização. Em todas as Constituições brasileiras, inclusive na do Império de 1824, esteve o princípio presente.

A reserva legal impõe que só a lei pode definir crimes e cominar sanções. A lei em sentido estrito. A medida provisória, embora tenha força de lei, não tem essa permissão, sendo que a Emenda à Constituição Federal de nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou o artigo 62 da Constituição Federal para expressamente vedar o uso dessa norma em matéria penal e processual penal.

A tipicidade ou taxatividade da lei penal, segunda vertente do princípio da legalidade, informa que a norma penal incriminadora deve conter todos os elementos da figura típica, de forma inequívoca, prescrevendo todos os requisitos da conduta humana que enseja o crime, de modo a torná-la inconfundível.

---

<sup>21</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, pág. 54.

<sup>22</sup> LUISI, Luiz, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>23</sup> LUISI, Luiz, *op. cit.*, pág. 20.

Por essa vertente da lei penal se tira a conclusão de que é vedada a analogia “in malam partem” no direito penal, visto que a lei que define o crime ou impõe a sanção deve ser clara e precisa, não se admitindo interpretações que venham a prejudicar o sujeito acusado do ato criminoso.

A terceira vertente do princípio da legalidade, a anterioridade da lei penal, prescreve que a lei penal deve ser anterior ao fato criminoso. Manifestação da segurança jurídica, a anterioridade não permite que haja enquadramentos de fatos criminosos por leis posteriores, pois o cidadão deve previamente ter conhecimento que a conduta realizada trata-se de tipo penal.

### **III.2. Princípio da Culpabilidade**

Outro princípio constitucional penal mencionado por Luiz Luisi é a culpabilidade. Com ele, afirma-se a responsabilidade subjetiva no Direito Penal.

Historicamente, a responsabilidade pelo crime sempre foi objetiva. Não havia preocupação com a figura do agente, e sim com o resultado produzido pelo crime. Mesmo Beccaria dizia que “a verdade do delito está no dano, causado à sociedade”<sup>24</sup>.

Provocado o resultado, realizado estava o crime, sem se perquirir a respeito da intenção do agente.

A culpabilidade veio a alterar esse dogma, para se considerar na análise do crime a culpabilidade do agente, ou seja, se há ou não um juízo de reprovação.

Na culpabilidade se investiga a conduta do agente, se ela é dolosa ou culposa, pois se trata na verdade de se descobrir se o agente teve a intenção

---

<sup>24</sup> LUISI, Luiz, *op. cit.*, pág. 35.

deliberada de cometer o crime, de forma livre e consciente, ou se agiu de forma imprudente ou negligente, ou mesmo com imperícia.

Esses elementos formam o tipo subjetivo do crime, de modo que só há a possibilidade de o agente responder pelo crime se agiu com dolo ou ao menos com culpa. Não há espaço para a responsabilidade objetiva, conquanto no Código Penal ainda haja alguns resquícios dessa forma de responsabilidade, como ocorre nos casos de embriaguez, de acordo com a teoria da *actio libera in causae*, segundo a qual o agente responde pelo crime mesmo agindo embriagado<sup>25</sup>.

Bastante elucidativa sobre o tema é a lição de Antonio Carlos da Ponte:

“Possui o princípio da culpabilidade gabarito constitucional em vários países. No Brasil, fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, proibindo a responsabilidade objetiva, que leva em consideração apenas o resultado produzido, sem qualquer perquirição acerca da existência de dolo ou culpa na conduta do agente; exigindo a individualização da pena, que deverá ser lastreada no juízo de reprovabilidade do agente, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade do acusado, no comportamento da vítima e nos motivos e circunstâncias ensejadoras do delito; prestigiando a proporcionalidade entre a pena aplicada e o comportamento criminoso”<sup>26</sup>.

Atualmente, no sistema jurídico pátrio, como as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente por crimes contra o meio ambiente<sup>27</sup> e contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular<sup>28</sup>, discute-se novamente se essas sociedades seriam responsabilizadas criminalmente de forma objetiva, pois suas ações não são volitivas, obviamente, como são as das pessoas naturais que as representam.

---

<sup>25</sup> Artigo 28, II, do Código Penal – “Não excluem a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

<sup>26</sup> PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes Eleitorais*, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 72.

<sup>27</sup> Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal – “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>28</sup> Artigo 173, § 5º, da Constituição Federal – “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A culpabilidade hoje é uma norma garantista, prevista no artigo 5º, LVII, ao asseverar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Conhecida como presunção da inocência ou não-culpabilidade, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, este princípio exige a responsabilidade subjetiva da pessoa e afirma que só ao final do processo ela poderá ser considerada responsável pelo fato criminoso.

A culpabilidade, decorrente da natureza de princípio de direito justo, conforme ensina Márcia Dometila Lima de Carvalho<sup>29</sup>, fundamenta a pena, dando-lhe caráter retributivo, sendo a face ética do Direito Penal, tendo no centro de seu sistema o homem. E mais, referido princípio também limita a pena, de modo a proibir o Estado de abusar da ação punitiva, daí surgindo os critérios para a individualização da pena.

### **III.3. Princípio da Intervenção Mínima**

Por esse princípio se informa que o Direito Penal deve ser chamado a solucionar os conflitos sociais quando for necessário, o que vale dizer que haverá a intervenção desse ramo do Direito quando a situação for socialmente grave e outros ramos não puderem resolver o problema.

Seu fundamento histórico está na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 8º prescreve que a lei deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias para a reprimenda do delito.

O princípio da Intervenção Mínima decorre do próprio sistema constitucional, sendo uma norma implícita, cujo conteúdo extrai-se das garantias individuais e dos comandos constitucionais de criminalização.

---

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pág. 64.

A Intervenção Mínima funciona na verdade como um limite ao legislador, o qual só pode criar tipos penais se a ofensa ao bem jurídico for grave o suficiente para a tutela penal, e só quando o direito penal puder servir como instrumento efetivo para a pacificação do conflito.

Há tempos que a legislação penal, densa, e não só no Brasil, como em vários outros países, vem regulando vários assuntos supérfluos, em uma situação evidente de “nomorréia”<sup>30</sup> penal.

Numa concepção funcional do Direito Penal, em que esse princípio da Intervenção Mínima está inserido, só os fatos mais graves e que lesem bens jurídicos essenciais ao convívio social poderiam ser criminalizados, pois aí haveria absoluta necessidade. Referido princípio se coloca dentro do que a doutrina chama de direito penal fragmentário ou subsidiário, ou seja, o direito penal como *ultima ratio legis*, o qual deve solucionar os conflitos sociais só se os outros ramos não puderem.

É desse princípio que se conclui a respeito da utilidade de não se criminalizarem os chamados “crimes de bagatela”, pois as lesões que provocam não são graves o suficiente para a tutela penal.

O princípio da Intervenção Mínima, ao considerar passíveis de criminalização só os delitos mais graves, preocupa-se também com o grau de intimidação da norma penal, responsável pela prevenção geral e individual do crime, sendo que a hipertrofia do direito penal acaba provocando na sociedade o descrédito em relação à criminalização, em razão da banalização provocada, podendo haver em alguns casos até uma situação de desobediência civil.

Luciano Feldens assim se posiciona sobre o tema:

“Na seara jurídico-penal, devemos indagar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar a

---

<sup>30</sup> Conceito utilizado por Luiz Luisi em seu livro *Princípios Constitucionais Penais* (obra citada), pág. 43, ao se referir ao excesso de normas penais.

finalidade de proteção do bem jurídico. A intervenção penal (medida) será necessária se tal finalidade protetiva (fim) não poderia ser conquistada com a mesma eficácia recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa)”<sup>31</sup>.

Ao se discutir a necessidade de se criminalizar determinado fato, não se deve considerar se o Direito Penal vem a ser o meio mais eficaz para o controle social na solução do caso, e sim se vem a ser o suficientemente eficaz, dentro de uma análise ponderada.

#### **III.4. Princípio da Humanidade**

Esse princípio refere-se ao cumprimento da pena. Tem por objetivo fazer com que o condenado não sofra punições desumanas, que afetem a sua dignidade enquanto pessoa.

Até a Idade Média, os condenados sofriam as mais variadas agressões no cumprimento de suas penas. A pena de morte era a mais comum dentre as aplicadas. Praticamente não havia como há hoje penas privativas de liberdade. Estas eram só aplicadas em caráter provisório, enquanto aguardavam a execução de suas penas. As penas eram cruéis, com açoites, morte ou banimento, inclusive em caráter perpétuo. As penas tinham um aspecto de vingança.

Enrico Ferri, jurista italiano, assim se referia às penas nesse período:

“Quanto às penas, as capitais e corporais que, conjuntamente às penas pecuniárias, até ao confisco total do patrimônio, constituíram o primitivo arsenal da justiça penal, o mundo romano acrescentou os trabalhos forçados (ad metalla, ad triremes etc.), enquanto que o cárcere servia não como pena, mas como guarda dos acusados e dos condenados à espera de serem mandados ad crucem, ad bestias, ad metalla etc. Na Idade Média, levaram-se ao exagero da atrocidade as penas capitais e corporais e, ao grotesco, as penas

---

<sup>31</sup> *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 163.

infamantes qualificadas (berlinda, desnudação, vestidura, ferrete, gaiola etc).

Assim, o direito canônico – pela íntima e profunda aversão do espírito cristão às violências sanguinárias – gradualmente impôs a prevalência das penas carcerárias, que depois se tornaram a base principal da justiça penal moderna. As penas canônicas do seqüestro nas celas de punição e penitência, que havia nos conventos, estenderam-se depois aos leigos por disposição de alguns estatutos comunais e especialmente em virtude das leis penais dos principados. E, ao seqüestro carcerário, juntaram-se o jejum, a cadeia, a falta de luz e ar, pelo que se tornaram afamados, na Itália, os poços de Frederico I, os segredos ao longo da marema romana, os stinche de Florença, os piombi de Veneza, os fornos dos Viscondes etc. E é na Itália que surgem os primeiros cárceres celulares, imitando os seqüestros nos conventos; estes também muitas vezes se adaptaram ao uso carcerário, como, por exemplo, o cárcere da Murate em Florença (1677), que era um convento de freiras<sup>32</sup>.

Após os ideais iluministas, com a colocação do homem no centro da discussão, em pé de igualdade, sem os rancos do tratamento desigual em função das classes sociais, os ordenamentos jurídicos de todo o mundo passaram a contemplar uma maior humanização no cumprimento das penas.

A partir do início do século XX, os países passaram a proibir expressamente penas de morte em situações de normalidade. No Brasil, embora só a partir da Constituição de 1891 se tenha proibido a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de fato esse tipo de pena já não era executado desde 1851, porque o imperador Dom Pedro II as comutava com penas de galés perpétuas, em razão de um erro judiciário envolvendo um fazendeiro fluminense chamado Motta Coqueiro<sup>33</sup>.

No Brasil, todas as Constituições Republicanas inseriram em seu texto a proibição de pena de morte para crimes comuns em situações de normalidade, salvo a Constituição de 1937 e a Emenda nº 1, de 1969.

---

<sup>32</sup> *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime*, Campinas: Russel Editores, 2003, págs. 32-33.

<sup>33</sup> LUISI, Luiz, *op. cit.*, pág. 49.

A Constituição Federal de 1988, em especial, tem vários dispositivos que denotam uma preocupação do constituinte pelo princípio da humanização das penas.

Podem ser citados, a título de ilustração, e todas constantes do artigo 5º da Constituição Federal, a vedação às penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (inciso XLVII); a necessidade de a pena ser cumprida em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do crime, a idade e o sexo do condenado (XLVIII); o direito dos presos à integridade física e moral (XLIX); e a possibilidade de as presas ficarem com seus filhos durante o período de amamentação (L).

Nos termos em que tratado o assunto na Constituição Federal de 1988, conclui-se que as penas não podem ser cumpridas de forma infamante ou cruel, permanecendo os presos com todos os seus direitos que não forem diretamente afetados pela privação da liberdade ou pela aplicação de outras penas, inclusive tendo direito de que seja respeitada a sua integridade física e moral.

Nesse sentido, aliás, já era a norma do artigo 38 do Código Penal de 1940, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984, segundo a qual “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.”

Outrossim, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) é pródiga em assegurar, nos artigos 41 e 43, variados direitos aos presos, tais como : alimentação suficiente e vestuário; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; chamamento nominal; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; atestado de pena a cumprir, emitido anualmente; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; igualdade de tratamento; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; entrevista pessoal e reservada com

advogado; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; o exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; e a contratação de médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Todos esses direitos do condenado, em reconhecimento e aplicação do princípio da humanidade, por falta de estruturas e de instalações adequadas, e pelo aumento da criminalidade em seu grau absoluto que ocasionou uma situação de superpopulação carcerária, são hoje, na verdade, letra morta, em manifesta infringência à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, nessa nova fase do Direito Penal, para que não se perca o propósito do princípio da humanidade, é necessário que haja uma maior atenção às políticas criminais alternativas, evitando-se ao máximo o cárcere privado, deixando-o só para as situações efetivamente mais graves.

### **III.5. Princípio da Pessoalidade e da Individualização da Pena**

Pelo princípio da pessoalidade, informa-se que a pena não pode passar da pessoa do condenado, havendo previsão expressa no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.

Até a Idade Média, e no Brasil as Ordenações Filipinas iam no mesmo sentido, era comum as penas atingirem a pessoa dos descendentes, fato este que tinha forte impacto social, em razão do estigma que recaía sobre toda a família.

Embora hoje essa prática possa parecer um absurdo, era um meio de coerção social para se evitar a criminalidade, porque o indivíduo, ao cometer um fato tido como criminoso, levava consigo seus descendentes também, mesmo que sequer nascidos.

Ainda que indiretamente o cumprimento da pena possa atingir a família do condenado, no caso de ele ser, por exemplo, o seu arrimo, e com sua prisão não haver mais os meios para a manutenção da família, ou mesmo se considerando a dor moral que a família sofre pela separação do condenado de sua convivência, além de inúmeras dificuldades outras que possam existir em razão desse fato, tudo isso não abala o referido princípio da personalidade.

Essas consequências indiretas da pena são inerentes à sua aplicação, não podendo nada o Estado fazer a não ser amparar a família do condenado, dando-lhe os meios materiais e morais para a superação desse obstáculo, tal como ocorre por meio da concessão do auxílio-reclusão que recebe a família do condenado, caso ele tenha sido contribuinte do Instituto Nacional do Seguro Social, e também pelo sistema de saúde do SUS.

Ademais, esses reflexos indiretos da pena, que atingem os familiares do condenado, só ocorrem porque ele, o condenado, optou por praticar o crime, mesmo sabendo dessas consequências aos seus familiares. Por outro lado, em sendo o crime culposo ou, se doloso, a pena não ultrapasse uma certa quantidade, há a possibilidade de se aplicar uma pena alternativa à privativa de liberdade, desde que atendidos certos requisitos legais, e aí essas consequências indiretas do crime são bem menos danosas à família do condenado.

Não fosse assim, a criminalidade seria ainda maior, em razão do sentimento certo de impunidade.

Já sobre a individualização da pena, outro princípio constitucional penal explícito, o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal informa que a lei o regulará.

De uma forma geral, coube ao artigo 59 do Código Penal, atualmente, tratar do assunto, de modo a atender o preceito constitucional, e referido texto legal estabelece que o juiz, ao aplicar a pena a estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, “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”.

A individualização da pena ocorre em três fases: a) a primeira é a fase legislativa, com a fixação do montante mínimo e máximo da pena, com as respectivas causas de aumento e diminuição, quando existentes; b) a segunda é a fase judicial, em que o juiz, ao julgar o caso, estabelece a quantidade exata de pena a ser cumprida, considerando os elementos dispostos no artigo 59 do Código Penal; e c) a terceira e última fase da individualização da pena é a fase executiva ou administrativa, que ocorre durante o cumprimento da pena, a qual é toda baseada em critérios de merecimento do condenado, objetivando sua reintrodução ao seio da sociedade, daí porque é inclusive cumprida em regimes progressivos, do mais severo para o mais brando.

Tendo por fundamento a individualização da pena, conforme já tratado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a norma da Lei nº 8.072/90, em sua redação original, que determinava que os condenados a crimes hediondos e equiparados cumprissem a pena integralmente em regime fechado. Aliás, também em razão desse julgamento, foi promulgada a Lei nº 11.464/2007, regulamentando a progressão de regimes de pena dos crimes hediondos e equiparados, mas determinando que sempre se iniciará no regime fechado, conforme redação que essa lei deu ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

### **III.6. Princípio do Devido Processo Legal**

Este princípio até decorre também do princípio da legalidade, mas aqui sua aplicação é mais voltada ao processo em si, pois ele informa que o acusado deve ser processado segundo um sistema previamente previsto e delimitado, às claras, sendo vedado o Juízo de exceção, que, aliás, também tem corpo nas garantias individuais.

Pelo dispositivo do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal se prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo Fernando Capez, o princípio do devido processo legal “garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado”<sup>34</sup>.

Em que pese a colocação bem posta de referido doutrinador, à qual seguem outros na mesma linha, entendo que o princípio do devido processo legal tem um conteúdo de rigor formal, para que sejam obedecidas as regras em vigor quanto ao processo e procedimento.

Princípio eminentemente processual, informa que o acusado deve ser processado segundo as regras em vigor ao tempo do ato processual ou do fato criminoso, neste segundo caso em relação às normas processuais híbridas, ou seja, aquelas que também têm um certo cunho material penal, isto para o eventual caso de as normas posteriores serem menos benéficas ao acusado.

Todo o conteúdo de natureza garantista ilustrado acima, em citação, na verdade refere-se à norma posta hoje em vigor, naquilo que não se insere, obviamente, em outros princípios, embora citados como sendo relativos ao devido processo legal, como o da publicidade e motivação das decisões judiciais, consoante artigo 93, IX, da Constituição Federal, ou mesmo do contraditório e ampla defesa, sobre o qual se falará em seguida.

---

<sup>34</sup> *Curso de Processo Penal*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 37-38.

O princípio do devido processo legal, assim, está relacionado à garantia de que o acusado será investigado e processado conforme as leis em vigor, em obediência, destarte, à legalidade processual, para que não haja situações de arbítrio que venham a configurar abusos à sua condição de réu.

Em razão disso, por causa da necessidade de os procedimentos serem seguidos conforme a previsão da lei, diz-se que o réu para ser condenado precisa ser citado e participar do processo, ainda que fictamente, conforme previsão legal. A lei determina isso. Se não houvesse previsão legal para a participação ou mesmo citação do acusado, e ainda assim fosse julgado e condenado, mas se obedecendo, porém, e ainda assim, o disposto na lei, não se estaria violando o devido processo legal, já que referido princípio apenas orienta a aplicação dos procedimentos previstos. Obviamente que um fato inconcebível como este não teria guarida no sistema penal brasileiro, pois há a previsão do contraditório e ampla defesa, mas definitivamente não haveria violação alguma ao princípio do devido processo legal.

Esse princípio, o do devido processo legal, compreende tão-somente a forma, a obediência às regras procedimentais em vigor, e a garantia de que o acusado será investigado, processado e julgado segundo as regras postas<sup>35</sup>.

### **III. 7. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa**

O princípio do contraditório e ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, é um princípio de direito penal justo, o qual busca assegurar a igualdade de armas entre acusação e defesa, sendo compreendido dentro de um sistema processual legal. Deste princípio decorre o fato da necessidade de a defesa sempre se manifestar após a acusação em um processo criminal.

---

<sup>35</sup> Guilherme de Souza Nucci destaca em seu livro *Júri – Princípios Constitucionais*, ed. Juarez de Oliveira, 1999, à pág. 137, em nota de rodapé 117, o seguinte : “Interessante observar que a expressão “devido processo legal” tem maior força nos Estados Unidos do que em outros países. Na Inglaterra e no Canadá, como menciona Jobson, é uma frase sem qualquer conteúdo específico e os tribunais parecem relutantes em conceder-lhe a mesma amplitude que possui no direito americano. ‘Human rights in criminal procedure in Canada’, *apud Human rights in criminal procedure*, p. 327”.

Referido princípio, também relacionado à presunção de inocência ou de não-culpabilidade, assim como, obviamente, ao devido processo legal, compreende a possibilidade de a defesa, por si e por advogado, defender-se das acusações lançadas contra sua pessoa, por todos os meios e recursos existentes.

Ademais, admite-se inclusive a possibilidade de se utilizar prova ilícita para o fim de se defender de um fato criminoso, conforme acolhida do Judiciário e da doutrina, encampando, assim, a proporcionalidade *pro reo* para o caso.

Nos processos de competência do Tribunal do Júri, conforme artigo 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal, não se fala só em contraditório, mas sim em plenitude da defesa.

São extensões distintas do direito de defesa. Enquanto nos processos comuns se fala só de contraditório e ampla defesa, porque sempre há a figura do juiz togado para aplicar o melhor direito ao fato concreto, no Tribunal do Júri isto não ocorre, pois são os jurados os juízes naturais do processo, e estes não têm formação jurídica para analisar o caso, e por isso mesmo suas decisões prescindem de fundamentação. Em processos de competência do Júri, portanto, há a necessidade de a defesa técnica ser mais efetiva, e por isso se fala em plenitude.

## IV - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Aqui serão objeto de análise a evolução histórica desse princípio e a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro e de outros países, com o objetivo de demonstrar sua relevância para o equilíbrio do sistema penal.

Em absoluto, no sentido literal do termo, o princípio da presunção de inocência significaria a proibição de medidas restritivas à liberdade e ao patrimônio da pessoa, quando de natureza penal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Porém, como se verá a seguir, referido princípio verdadeiramente não tem esse cunho absoluto, já que ele é balizado por outros princípios do ordenamento jurídico que informam a necessidade de sua relativização frente a valores como a segurança pública e a própria justiça.

### IV.1. Escorço Histórico

Foi em Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, de 1764, que surgiram as bases do princípio da presunção de inocência, para o qual a prisão processual deveria ser imposta só quando extremamente necessária.

Dizia o autor:

“Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada”<sup>36</sup>.

Referido princípio surgiu para garantir ao acusado o seu direito de defesa, evitando-se, assim, que fosse tratado desde o início da acusação como culpado, rompendo-se com o sistema inquisitivo próprio do processo penal de então.

---

<sup>36</sup> Bonesana, Cesare (Beccaria), trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 63.

Essa obra influenciou os pensadores Iluministas que já condenavam a prática da tortura e entendiam necessária uma reforma processual penal em razão da nova concepção de Estado que vislumbravam<sup>37</sup>.

Isso porque com a Revolução Industrial do século XVII e o êxodo da população do campo para a cidade, aumentou o índice de criminalidade em razão dessa urbanização e não mais era possível para o Direito Penal e Processual Penal de então reprimir essa tendência.

Com a Revolução Francesa, o princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimida pela lei”.

Ainda destacando o surgimento do princípio da presunção de inocência, diz Renato Barão Varalda:

“Vale lembrar que o sistema inquisitório dos séculos XVII e XVIII (Estado Absolutista – concepção autoritária – suspeito como objeto do processo) remonta ao processo penal extraordinário do Baixo Império Romano, prosseguindo-se nas disposições de Inocêncio III (heresia, blasfêmia e adultério – 1229) e culminando como o Santo Ofício. Em reação, em especial às arbitrariedades da inquisição, proclama-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), passando-se de um Estado de Direito formal para o Estado de Direito material (Estado liberal), democrático e social, em

---

<sup>37</sup> Renato Barão Varalda, em seu livro *Restrição ao Princípio da Presunção da Inocência – Prisão Preventiva e Ordem Pública*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2007, na pág. 18, ainda diz que “o princípio da presunção da inocência surge para assegurar ao acusado as garantias da ampla defesa, combatendo o princípio da culpabilidade defendido pela inquisição. Nessa lógica, o pensador Voltaire, influenciado por Beccaria, pregava que a prisão preventiva, tal como a tortura, não poderia ser vista como pena antecipada, caso contrário tratar-se-ia o suspeito como culpado. Os ideais da Revolução Francesa trouxeram, assim, a abolição da tortura como forma de obtenção de confissão e pregaram, diante da alteração de concepção de Estado, a necessidade de uma reforma no processo penal”.

que se humaniza o processo penal (suspeito como sujeito do processo)”<sup>38</sup>.

Essa evolução significou em verdade um avanço ao sistema penal e processual penal de então, que se valia do sistema inquisitorial e ainda utilizava a tortura como meio de obtenção de prova<sup>39</sup>. Por essa forma, o acusado não era tratado como suspeito e sim como culpado, sendo que tinha ele de provar sua inocência, muitas vezes suportando os “tormentos”.

Foi com a Escola Clássica italiana, porém, tendo como um de seus expoentes Francesco Carrara, que se elevou o princípio da presunção de inocência a princípio fundamental da Ciência Penal, como fundamento de todas as garantias do processo.

Conforme Alexandra Vilela<sup>40</sup>,

“Seguindo a linha de raciocínio de CARRARA, a presunção de inocência é um postulado fundamental do processo penal e que se manifestará seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e

---

<sup>38</sup> *Op. cit.*, pág. 19.

<sup>39</sup> Conforme Livro V das Ordenações Filipinas, de 1603, à pág. 208 do livro Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica, de José Henrique Pierangeli, 2ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2004, “Quando o acusado for mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posta., ser-lhe-ha repetido em trez casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra elles muitos e grandes indícios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o malefício, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez: o segundo caso he, se depois que huma vez foi mettido a tormento, sobrevierão contra elle outros novos indícios: o terceiro caso he, se confessou no tormento o malefício, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juizo, negou o que no tormento tinha confessado.

‘E em cada hum destes casos póde, e deve ser repetido o tormento ao accusado, e ser-lhe-ha feita a repetição, assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, a qual se fará fora da caza, onde lhe foi dado o tormento.

‘E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento per alguns dias, de maneira que já o acusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeiro não seja.

‘E quando se derem tormentos a alguns culpados, o Julgador, que os mandar dar, não consentirá, que pessoa alguma seja presente, mais que elle, e o Scrivão, e o Ministro; os quaes tormentos se darão da maneira, que convem para se saber a verdade, que he o fim, para que se mandão dar.

‘E os Fidalgos, Cavalleros, Doutores em Canones, ou em Leis, ou Medicina, feitos em Universidade per exame, Juizes e Vereadores de alguma Cidade, não serão mettidos a tormento, mas em algum lugar delle lhes será dada outra pena, que seja em arbitrio do Julgador, salvo em crime de Lesa Magestade, aleivosia, falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feiticeria, sodomia, alcoavitaria, furto: porque, segundo Direito, nestes casos não gozão de privilegio de Fidalguia, Cavallaria, ou Doutorado, mas serão atormentados e punidos, como cada hum outro do povo.” (sic).

<sup>40</sup> *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: ed. Coimbra, 2000, pág. 38-40, *apud* Renato Barão Varalda, *op. cit.*, pág. 22.

atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria da prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão, seja na exclusão de qualquer sugestão, de toda e qualquer fraude, seja ao nível de todo o artifício doloso que possa dar ao que é falso um aspecto de verdadeiro, seja na imparcial apreciação a fazer dos indícios, seja no grande espaço que a defesa terá de ter, e no amplo tratamento a dar aos advogados, seja nas formas sacramentais para a sentença, seja nos recursos de apelação e revisão. (...) se a presunção de inocência é uma regra a levar em conta no julgamento enquanto regra probatória, não se esgota aí, antes passa a princípio de autónomo valor político de carácter geral, que tem como corolário não só a plenitude da prova, passando pela imparcial valoração dos indícios, e terminando com a moderação na aplicação da prisão preventiva, que sob circunstância alguma poderá assumir natureza punitiva e que deve obedecer ao critério da *stretta necessità*, caracterizado pelo facto de impor rigorosos limites à aplicação daquela e apenas de acordo com as necessidades do processo, de forma a que a obtenção da verdade e a aplicação de uma eventual pena se revelem possíveis”.

Com o surgimento da presunção de inocência, rompendo-se o sistema inquisitivo anterior, é a culpa que deve ser demonstrada, sendo sua prova o objeto do processo.

Sem dúvida houve uma opção garantista de se protegerem os inocentes, ainda que ao custo de eventualmente não punir algum culpado, daí surgindo o brocardo jurídico *in dubio pro reo*. A propósito, importante destacar trecho do pensamento de Montesquieu, citado por Luigi Ferrajoli em seu livro *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*<sup>41</sup>:

“É sobre essa opção que MONTESQUIEU fundou o nexos entre liberdade e segurança dos cidadãos: ‘a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança’, e ‘essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas’; de modo que, ‘quando a

---

<sup>41</sup> Tradução do trecho por Fauzi Hassan Choukr, 2ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 506.

inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade”.

E continua Luigi Ferrajoli, dizendo que “se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo”<sup>42</sup>.

A prisão cautelar do acusado no curso do processo e o desenvolvimento de suas teorias justificantes, aliás, estão diretamente relacionados ao tratamento dado ao acusado que se reflete na doutrina do princípio da presunção de inocência. Enquanto em Roma chegou-se a proibir a prisão preventiva, com o procedimento inquisitorial próprio da Idade Média essa prisão tornou condição do processo, já que como se admitiam as *tormentas* como meio de prova para se obter a confissão, fazia-se necessário que o acusado estivesse de corpo presente durante toda a instrução processual, prática esta que só foi sendo afastada com a aplicação do processo acusatório, a partir do movimento iluminista que culminou com a Revolução Francesa.

Mas com a Escola Positiva Italiana, sofre o princípio da presunção de inocência, elevado por Francesco Carrara a postulado fundamental da ciência penal e a pressuposto de outras garantias processuais, o seu primeiro ataque, o que se tornou uma tendência no final do século XIX, em razão de suas implicações garantistas para a manutenção da liberdade do acusado. Raffaele Garofalo exigia a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e Enrico Ferri propunha processos sumários e formados sem que tivessem provas de culpabilidade, conforme aponta Luigi Ferrajoli<sup>43</sup>, citando ainda que foi Vincenzo Manzini quem estigmatizou o princípio da presunção de inocência como um

---

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pág. 506.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, pág. 507.

“estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”, julgando-o “grosseiramente paradoxal e irracional”, com base nos seguintes pontos:

“a apriorística valorização dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados. Reforçado por esses avais, o Código Rocco de 1930 repeliu ‘por exemplo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado’, liquidando-a como ‘uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos’<sup>44</sup>.

Na esteira dessa crítica, Luigi Lucchini colocou que o princípio *in dubio pro reo* não devia ser posto de forma conveniente aos criminosos, pois devia favorecer os homens de bem e não os malfeitores<sup>45</sup>.

Mas foi com o fascismo<sup>46</sup> que se tornou letra morta o princípio da presunção de inocência. Não houve mais o que segurasse o uso e abuso da prisão preventiva e sua legitimação, tornando-a inclusive obrigatória no caso de réus que já tivessem condenação anterior ou que fossem vadios ou mendigos, o que, no caso,

---

<sup>44</sup> *Idem Ibidem*, pág. 507.

<sup>45</sup> Citado por Antônio Magalhães Gomes Filho, em *A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, Revista do Advogado, nº 42, abril de 1994, AASP, São Paulo.

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli cita, em obra citada, à pág. 582, “A crise do princípio, que como foi visto chega à sua negação, é uma explícita consequência da ideologia fascista da funcionalização do indivíduo em relação ao Estado: cf., por exemplo, V. Manzini, ob. cit. p. 183: ‘O Estado fascista, diferentemente do Estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade’; e quase com as mesmas palavras D. Pafundi, Mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparizione, *Nuovo digesto italiano*, cit. VIII, 1939, p. 97: ‘A tutela da liberdade individual, segundo a concepção fascista e contraposta à do Estado democrático-liberal, não é um direito preeminente do indivíduo, mas uma concessão que o Estado faz o indivíduo em relação e em subordinação ao interesse social’. São teses que ecoam do Discorso do ministro Alfredo Rocco, pronunciado em Perugia em 30.08.1925 e lembrado tanto por Manzini como por Pafundi: ‘A fórmula das doutrinas democráticas, liberais e socialistas: a sociedade pelo indivíduo, o fascismo substitui por outra: o indivíduo pela sociedade. Mas com a diferença de que, enquanto aquelas doutrinas anulavam a sociedade no indivíduo, o fascismo não anula o indivíduo na sociedade. Subordina-o... A liberdade, portanto, dá-se ao indivíduo e aos grupos no interesse social. Como todos os direitos individuais, também a liberdade é uma concessão do Estado”.

configurava, assim, segundo Luigi Ferrajoli, bem ao contrário da presunção de inocência, uma situação de presunção de culpabilidade do imputado<sup>47</sup>.

O regime totalitário próprio do movimento fascista de Mussolini influenciou o Código italiano de 1931, gerando o desprezo não só em relação à presunção de inocência, mas também em outros aspectos relativos à própria condição de acusado, mormente em relação ao direito de defesa, pois tornou a primeira fase do processo, que era investigatória, extremamente secreta, impedindo inclusive o defensor de obter informações sobre o seu conteúdo. O acusado não tomava ciência das provas que eram produzidas contra si, sendo que, ainda, a defesa só podia se manifestar quando o Tribunal assim considerasse suficiente, limitando suas intervenções e por conseguinte cerceando o direito de defesa<sup>48</sup>. A presunção de inocência não tinha vez nesse regime, pois havia uma visão secundária dessa garantia frente ao Estado e ao seu direito de punir.

No regime nazista alemão também não se reconhecia o princípio da presunção de inocência como garantia de liberdade do acusado, pois nem mesmo o princípio da legalidade era limitador da vontade política do governo, já que crime era tudo o que violasse o sã sentimento do povo alemão.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, porém, com a reflexão sobre as atrocidades que haviam sido cometidas pelos Estados contra seus cidadãos na condição de opositores do regime, bem como pelo desprezo aos direitos humanos de uma forma geral, houve novamente uma tendência de se restabelecer o princípio da presunção de inocência conforme idealizado pelo movimento do iluminismo e pela Escola Clássica de Direito Penal, agora, então, como uma vertente de um novo princípio que se insculpia e se propagava na ordem jurídica internacional: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Houve a necessidade de se afirmar o princípio da presunção de inocência para se preservar e mais uma vez afirmar um maior número de direitos e

---

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pág. 510.

<sup>48</sup> CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil : O Conflito entre Punir e Libertar*, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005, pág. 51.

garantias individuais que possibilitassem a defesa do indivíduo frente a figura do Estado.

Esse fato, a propósito, inspirou a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, aprovada em Assembleia Geral das Nações, que, em verdade, reconheceu o valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as pessoas, as quais possuíam direitos e deveres perante o Estado, como um ideal a ser seguido pelas nações.

Veja-se a colocação de Monica Ovinski de Camargo sobre esse tema:

“O maior mérito da DUDH – Declaração Universal de Direitos do Homem – foi reunir a maior parte dos representantes das Nações mundiais para que juntos reconhecessem que o ser humano possuía direitos e garantias. Esse foi apenas mais um passo dado dentro do processo secular de positivação e realização dos direitos do homem. Talvez tenha sido o passo mais importante que tais direitos galgaram até os dias atuais, mas, indubitavelmente, não foi o primeiro e nem o último dos que ainda precisam ser conquistados”<sup>49</sup>.

Pela Declaração Universal de Direitos Humanos, a presunção de inocência tratada em seu artigo XI.1 atua dentro do processo, a exigir a prova de culpabilidade pela acusação, não sendo obrigatório ao acusado produzir provas de sua inocência<sup>50</sup>.

No mesmo sentido, basicamente, são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, segundo o qual, em seu artigo 14 – 2, “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>51</sup>, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, que, em seu artigo 8º - 2 (primeira parte) informa quase que de forma idêntica que “Toda

---

<sup>49</sup> *Op. cit.*, pág. 55.

<sup>50</sup> Conforme acesso de 03.11.2009 - [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), artigo XI.1 - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

<sup>51</sup> Conforme acesso de 03.11.2009 - [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm).

pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, ...”<sup>52</sup>.

Já o Tratado de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 66 tratou de forma bastante completa do princípio da presunção de inocência, inclusive para informar que cabe à acusação o ônus de provar a culpa do acusado e que o Tribunal deve absolver o réu em havendo dúvida fundada<sup>53</sup>.

#### **IV.2. A Presunção de Inocência no Sistema Jurídico Brasileiro**

A primeira norma do país a tratar do princípio da presunção de inocência, ainda que para negá-lo, foi a lei que criou o Tribunal de Segurança Nacional, em plena ditadura Vargas à época do Estado Novo<sup>54</sup>.

Em relação aos crimes de competência desse Tribunal especial, presumia-se provada a acusação, sendo que cabia ao réu provar sua inocência, nos casos de ser “... preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime”<sup>55</sup>.

Observa-se, assim, que nesse momento valia justamente o contrário da ideia de presunção de inocência.

Claro que era uma época de afirmação e de ruptura institucional em relação à República Velha, provocada pela revolução de 1930 que fez levar Getúlio Vargas ao poder presidencial à revelia das eleições de 1929 que acabaram de fato

---

<sup>52</sup> Conforme acesso de 03.11.2009 - <http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>.

<sup>53</sup> Conforme acesso de 03.11.2009 - <http://www2.mre.gov.br/dai/tpi.htm> - “Artigo 66 - Presunção de Inocência : 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável; 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado; 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.”

<sup>54</sup> Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, reformulada pelo Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937.

<sup>55</sup> Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937, cujo artigo 20 dizia que “No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições: (...) nº 5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime”.

elegendo Júlio Prestes, que era o candidato apoiado pelo então presidente Washington Luis.

Sobre esse momento político brasileiro mais repressivo, observem-se as considerações de Monica Ovinski de Camargo<sup>56</sup>:

“Com efeito, grande parte dos regimes autoritários não demoram para utilizar o direito como seu mais rico instrumental de legitimação da nova ordem imposta, modificando inicialmente dois pontos básicos: a Constituição, que é revogada ou substituída, e as leis repressivas, sejam penais ou processuais penais, para coibir a liberdade física individual e impedir a formação de qualquer oposição política. Essa regra não foi contrariada pela ditadura Vargas. Avizinhando-se ao regime italiano fascista de Mussolini, que tinha na figura de Alfredo Rocco o homem de confiança para elaborar o edifício de *leis fascistíssimas*, leis de organização do Estado repressivo, o regime ditatorial varguista também tinha seu homem de confiança, versado nas letras jurídicas, para projetar todos os documentos jurídicos imprescindíveis para a perfeita e legal instalação de um regime autoritário: Francisco Campos<sup>57</sup>. Ele concentrou duros esforços para

---

<sup>56</sup> *Op. cit.*, pág. 10.

<sup>57</sup> Em seu livro, *O Estado Nacional*, com acesso: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html> em 07.11.2009, Francisco Campos justifica a necessidade salvadora do regime Varguista, abordando desde a Revolução de 1930 ao golpe de 1937, além de tratar de vários aspectos legais e de ordem sociológica mesmo. Como exemplo, veja-se a seguinte passagem, no trecho “O novo Estado brasileiro” : “O novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. Como acentuou o chefe do Governo, no manifesto de 10 de novembro, quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse coletivo reclamam imperiosamente a adoção de medidas que afetam os pressupostos e convenções do regime, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do país, acima das deliberações ordinárias da atividade governamental, assumindo as responsabilidades inerentes à alta função que lhe foi delegada pela confiança pública. Identificado com o destino da Pátria, que salvou em horas de extremo perigo e engrandeceu no maior dos seus governos, o Sr. Getúlio Vargas, quando se impôs aquela decisão, não faltou ao dever de tomá-la, enfrentando as responsabilidades, mas também revestindo-se da glória de realizar a grande reforma que, pela primeira vez, integra o país no senso das suas realidades e no quadro das suas forças criadoras. A sua figura passa, então, do plano em que se define o valor dos estadistas pelos atos normais de política e administração, para o relevo histórico de fundador do regime e guia da nacionalidade. O povo, que o aclamou e por ele combateu, viu-o crescer, dia a dia, na sua confiança e na sua admiração, tornando-se o centro de convergência dos anseios gerais e o intérprete das inspirações cívicas que se reuniam para a reconstrução da República. A marcha dos predestinados e a estirpe dos condutores providenciais afirmaram-se definitivamente no homem que satisfaz às necessidades fundamentais da vida pública, criando um novo Estado, no propósito de um Brasil novo. Esclarecida e edificada pelas vicissitudes dos últimos tempos e pela grave lição do mundo contemporâneo, a opinião já se convencera de que nos velhos moldes e através das antiquadas fórmulas institucionais seria impossível assegurar a existência e o progresso da Nação, em face das terríveis forças contra ela desencadeadas. As experiências impostas pelo fetichismo das teorizações obsoletas custaram tão caro à nossa terra e à nossa gente, que por elas se firmou o consenso de que, sem a reforma corajosa e salvadora, agora, felizmente, executada, mais cedo ou mais tarde teria de sucumbir a maravilhosa resistência do organismo nacional. Nessa consciência coletiva encontrou as suas grandes razões a insurreição de 1930, em que ao

esboçar a Constituição de 1937, trabalho recompensado com a ocupação da pasta de Ministro da Justiça da era ditatorial de Vargas, assim como Rocco o foi de Mussolini”.

Depois, com o Código de Processo Penal de 1941, em cuja exposição de motivos Francisco Campos delineava a sua repressão<sup>58</sup>, vislumbrava-se o início de um período de ausência das garantias individuais, próprio, aliás, de uma tendência mundial inaugurada pela Escola Positiva italiana, e que acompanhava a Carta Constitucional brasileira de 1937, que retirou o direito de liberdade dentre as garantias individuais.

Sobre esse Código de 1941, Monica Ovinski de Camargo comenta que “a rejeição da presunção de inocência na codificação brasileira pode ser explicada na observância dos preceitos gerais insculpidos na legislação processual penal, no CPP de 1942”(sic)<sup>59</sup>, porque houve uma maior preocupação de se defender a sociedade em detrimento do indivíduo, e, por isso mesmo, conforme regra do artigo 312 de então, para os crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, exigia-se, obrigatoriamente, a decretação de prisão preventiva.

Com o fim do governo Varguista, após sua deposição em 1945, e com a eleição de Eurico Gaspar Dutra à presidência, cuja posse foi em 31 de janeiro de 1946, juntamente com deputados e senadores, instalou-se logo em seguida a Assembleia Nacional Constituinte que resultou na Constituição brasileira de 1946, a qual teve o condão de restabelecer a ordem democrática e, assim, assegurar uma série de direitos e garantias individuais que haviam sido retirados pela Constituição Polaca, de 1937, cujo rol foi contemplado nos parágrafos do artigo 141, prevendo,

---

movimento meramente político se incorporou o impulso profundo e irresistível das forças vitais da Pátria, a abrir caminho para a sua evolução natural e a buscar, no espelho de sua fisionomia, o retrato das suas verdades históricas, sociais e econômicas, rompendo a máscara das fórmulas e das convenções que o desfiguravam.

<sup>58</sup> Veja-se trecho da exposição de motivos de Francisco Campos ao Código de Processo Penal: “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.”

<sup>59</sup> *Ob. cit.*, pág. 115.

novamente, o direito de liberdade e definindo o remédio para sua proteção, consistente no *habeas corpus*.

Em um momento de pós-guerra, havia a manifestação nítida do novo governo brasileiro de valorizar os direitos humanos, clima este comum às demais nações, de uma forma geral. E assim, em Assembleia das Nações Unidas de 1948, o Brasil, juntamente com outras 47 nações, assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo que nesse mesmo ano, antes, já tinha assinado uma Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, com conteúdo similar.

Mas embora ambas protejam os direitos humanos, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, que pela primeira vez fala em presunção de inocência, em seu artigo XI, para prescrever que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”<sup>60</sup>.

Essa Declaração Universal foi aprovada e proclamada em Assembleia Geral das Nações Unidas em sessão de 10 de dezembro de 1948, e embora não tenha eficácia jurídica no país o seu comando foi relevante por causa de sua cogência moral, mormente porque aprovado o seu texto por 48 nações de vários lugares do mundo, e o seu texto serviu na verdade de baliza e norte para vários Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e para o ajuste do ordenamento interno dos países.

Dentre os tratados internacionais, pode ser citado, a título de exemplo, o assim conhecido Pacto de San José da Costa Rica, aprovado pela Convenção America de Direitos Humanos de 1969, e objeto de ratificação pelo Brasil em 1992.

---

<sup>60</sup> Conforme acesso de 03.11.2009 - [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), artigo XI.1 - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A doutrina e a jurisprudência de uma certa forma aplicavam os institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei* como sendo corolários da presunção de inocência, no sentido de que em havendo dúvida fundada em processo penal o juiz devia absolver o réu (*in dubio pro reo*), tratando-se de uma questão processual, relativa à valoração da prova pelo juiz, e de que a norma devia ser interpretada da forma mais favorável ao réu (*favor rei*), sendo uma situação, assim, de hermenêutica.

Na aplicação do *in dubio pro reo*, o juiz absolve o réu por falta de provas, e dessa forma não é declarada a sua culpabilidade, presumindo-se deveras a sua inocência. Valoriza-se o indivíduo e daí porque se entende ser esse dogma processual desdobramento do princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência inicialmente adentrou o ordenamento jurídico brasileiro como princípio geral de direito, após a Declaração Universal de 1948, embasando, destarte, a aplicação pela doutrina e jurisprudência dos institutos vistos acima do *favor rei* e do *in dubio pro reo*, já que não havia previsão legal, e, pelo contrário, como visto alhures, presumia-se em algumas situações a culpa, para os casos de crime contra a segurança nacional.

O Código de Processo Penal de 1941 já dava margem à aplicação do *in dubio pro reo*, ao prever em seu artigo 386, VI, que devia o juiz absolver o réu se “não existir prova suficiente para a condenação”. Verdade que essa máxima processual era relegada a casos extremos, pois sempre o juiz devia buscar a verdade real, tendo uma posição mais ativa pela efetivação do processo, a ponto de Francisco Campos apontar, na exposição de motivos ao Código, que o juiz deve evitar o *in dubio pro reo* ou *non liquet*<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Trecho da exposição de motivos : “Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

O Tribunal Federal de Recursos já em julgamentos de 1959 absolvía acusado em situação de dúvida fundada, em caso que havia duas versões completamente contraditórias sobre um mesmo fato, conforme a seguinte ementa: “Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo favor milita a presunção de inocência”<sup>62</sup>. Observe-se que neste caso, e isto era uma tendência, o princípio da presunção de inocência era utilizado como sinônimo do *in dubio pro reo*.

Com o golpe militar de 1964, elegeu-se novamente como inimigo do Estado o comunismo, a exemplo do que ocorreu por ocasião do golpe de 1937, quando se instalou o Estado Novo de Vargas, para que o país não cedesse às investidas realizadas no mundo pela antiga URSS e se tornasse assim mais um Estado socialista.

Assim, toda oposição ao regime militar era tida como subversiva à ordem e considerada de ordem comunista, com o objetivo de desestabilizar as instituições, e por isso mesmo era duramente combatida. Desse modo, todo tipo de ato contra o governo não democrático era combatido, o que causou inúmeras prisões, torturas, mortes, exílios e uma sensação geral de perigo, de que a qualquer momento a pessoa fosse alijada do convívio social, numa repressão ideológica enorme.

O inimigo do Estado era oculto, de modo que todo aquele que decidisse enfrentar o governo corria o risco de ser afastado do sistema, e não raro por meios ilegítimos. Todos se tornavam suspeitos e novamente se rompia com o princípio da presunção de inocência, já que cabia ao acusado fazer prova de que não estava envolvido com os movimentos contrários ao regime.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, foi o mais duro golpe às garantias individuais promovido pelo regime militar, dentre as quais, obviamente, à presunção de inocência, já que em seus artigos 10 e 11 suspendia-se o *habeas corpus* para crimes cometidos contra a segurança nacional e políticos e

---

<sup>62</sup> Tribunal Federal de Recursos. Apelação nº 731. Relator Ministro Raimundo Macedo. 18 ag 1959. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 186, p. 317, *apud* Monica Ovinski de Camargo, obra citada, pág. 148.

ainda afastava da apreciação do Judiciário as questões relativas a atos previstos em referida norma<sup>63</sup>.

Rasgou-se o princípio da presunção de inocência nesse momento, porque uma vez acusado e preso por uma situação de crime político ou contra a segurança nacional, sequer a questão podia ser levada ao Judiciário, segundo o Ato Institucional nº 5, em seu artigo 11, além da supressão do *habeas corpus* prevista no artigo 10, de modo que, aí, nessa situação, presumia-se a culpabilidade do acusado.

E durante o período militar foi o princípio da presunção relegado a um comando meramente abstrato, sem nenhuma aplicação prática, em razão dos acontecimentos que se sucediam.

Nesse período, os direitos e garantias individuais tinham até previsão na legislação, porém o regime de governo de então não os obedecia, pois a repressão aos opositores do sistema tornava-os inimigos a serem combatidos, sendo muito comum o uso, a propósito, da chamada “prisão para averiguação”<sup>64</sup>, no sentido de prender todo aquele que tivesse alguma atitude suspeita.

No final do governo militar, já sob o governo do presidente Figueiredo, foi aprovada a Lei de Anistia, em 1979, cujo momento histórico e político foi relevante para que fosse recuperada a identidade brasileira, já que as pessoas que tinham sido exiladas puderam voltar ao país, e isto sem dúvida já demonstrava a derrocada do modo de governo de então, mais repressivo e de linha dura, mas se iniciava aí um momento de volta à democracia e de valorização do indivíduo novamente, frente ao Estado.

---

<sup>63</sup> Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

<sup>64</sup> Artigo 290, § 2º, C.P.P. : “Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida”. Discute-se atualmente a constitucionalidade desse dispositivo em virtude do que dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LXI, no sentido de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Obviamente, não foi um momento de transição pacífico, visto que vários atentados à bomba aconteceram em eventos ligados à oposição ligada mais à esquerda<sup>65</sup>.

Mas não havia como o governo militar se sustentar mais, pois o clamor social pela volta da democracia estourava na mídia, e a sociedade estava incomodada com a estagnação da economia e com a alta inflação.

Em 1982, então, foram realizadas as primeiras eleições para a escolha direta de deputados federais, senadores, governadores de Estado e para deputados das Assembleias Estaduais, cujos resultados denotaram o desgaste do governo militar, e aí se deu início também às campanhas pelas “Diretas Já”, para a escolha do Presidente da República, a partir de 1984, com uma intensa movimentação social<sup>66</sup>.

Nesse clima de retorno da democracia, o Judiciário voltava a contemplar o princípio da presunção de inocência em seus julgados, ainda que implicitamente, reconhecendo o direito de liberdade da pessoa como máxima a ser garantida, e assim com a possibilidade de decretação de prisão processual só em última análise, ou seja, apenas quando fosse estritamente necessária<sup>67</sup>.

Com a eleição de Tancredo Neves à presidência da República, sendo depois substituído por seu vice José Sarney por ocasião da posse e depois

---

<sup>65</sup> A título de exemplo, pode ser citado o episódio conhecido como Riocentro, que consistiu numa tentativa frustrada de os militares explodirem uma bomba em show artístico da cantora Elba Ramalho, em evento realizado para as comemorações do dia do trabalhador, em 1981, que contava com aproximadamente 18.000 pessoas. Fonte : <http://www.dhnet.org.br/denunciar/escandalos/riocentro/index.htm>, acessado em 08.11.09.

<sup>66</sup> Considera-se que a partir do Comício de 25.01.1984, na Praça da Sé, quando estavam presentes aproximadamente 300 mil pessoas, iniciou-se a campanha para a escolha do Presidente da República pelo voto direto, na campanha das “Diretas Já”, conforme Emenda Constitucional apresentada em 1983 pelo então deputado Dante Martins de Oliveira, falecido em 2006. Reconhece-se que embora essa campanha não tenha resultado na aprovação dessa emenda, e por isso a escolha do primeiro presidente civil após o governo militar ter sido indireta, referimento movimento foi importante para mostrar às autoridades o poder desse movimento popular, o que evidentemente contribuiu para o efetivo término do governo militar em 1985. Fonte : <http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u492840.shtml>, acessado em 08.11.09.

<sup>67</sup> Destaca Monica Ovinski de Camargo, em obra citada, à pág. 215, acórdão da lavra do Ministro Costa Leite, do então Tribunal Federal de Recursos, de 24.10.1985, que afirma que “qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o ‘jus libertatis’ e a presunção de inocência que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte”.

definitivamente por todo o mandato, em razão da enfermidade que acometeu o então presidente eleito de forma indireta pelo Congresso Nacional, provocando-lhe sua morte, iniciou-se um processo de discussão em torno de uma nova Constituição que se fazia necessária para que o país pudesse verdadeiramente ultrapassar os ransos e mazelas do período militar e romper com o sistema de então.

O Presidente José Sarney nomeou em julho de 1985 uma comissão de notáveis para que fosse então elaborado um anteprojeto de Constituição Federal, cabendo ao constitucionalista Afonso Arinos de Mello Franco encabeçá-la. Depois de mais de um ano de trabalho, a Comissão entregou o anteprojeto ao presidente José Sarney, cujo trabalho na verdade só serviu para deflagrar o projeto próprio de Constituição Federal pelo Congresso Nacional.

Eleitos os novos Constituintes em 1986, iniciaram os trabalhos em 1987, de uma forma desordenada, porque era impossível congregar os vários deputados e senadores em prol do mesmo objetivo, para se ter uma Constituição coerente, com uma mesma filosofia. Dividiram-se então os Constituintes em comissões temáticas, as quais tinham seus trabalhos avaliados por uma Comissão de Sistematização, cabendo os direitos e garantias individuais à Comissão de mesmo nome.

Até pelo momento político vivido, havia a necessidade de os Constituintes darem uma resposta à sociedade, a fim de efetivamente restabelecer os direitos e garantias individuais que foram suprimidos, na prática, durante o governo militar.

Por isso mesmo a Constituição Federal foi rica em conceder às pessoas os direitos e garantias de ordem penal e processual penal em seu artigo 5º, pois evidentemente se pretendeu galgar a norma constitucional, e ainda imodificável<sup>68</sup>, esses preceitos, em evidente resgate dos direitos do cidadão, dando

---

<sup>68</sup> Conforme artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais não podem ser modificados nem por emenda constitucional, sendo assim referidos direitos verdadeiras cláusulas pétreas.

o cunho de Constituição Cidadã, conforme palavras do presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães<sup>69</sup>.

No que se refere ao princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sua redação final foi mais completa tecnicamente do que as versões anteriores apresentadas durante as discussões<sup>70</sup>.

No mais, além do objetivo de se recuperarem os princípios e valores relativos aos direitos individuais do cidadão, no que tange ao princípio da presunção de inocência também havia a necessidade de o país se posicionar frente à comunidade internacional, já que as primeiras regras sobre referido princípio foram aprovadas pelas Nações Unidas em 1948, na forma de Resolução, e depois em 1966, na forma de tratado internacional, sem que o país tivesse ainda qualquer norma que efetivamente tratasse do tema da forma como era reconhecido mundialmente após a Segunda Grande Guerra, mesmo porque toda a aplicação e reconhecimento desse princípio no ordenamento jurídico pátrio se dava em razão da construção doutrinária e jurisprudencial que se consolidou por anos a fio.

### **IV.3. A Presunção da Inocência na Constituição Federal**

A Constituição é fruto do momento político vivenciado pelo Estado quando de sua promulgação<sup>71</sup>, sendo assim o reflexo dos anseios da sociedade

---

<sup>69</sup> Em seu discurso de promulgação, ao apresentá-la ao povo brasileiro, assim se manifestou Ulysses Guimarães: “Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada até por maioria mais acessível, dentro de cinco anos. Não é a Constituição perfeita, mas será útil e pioneira e desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria”, conforme <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/01/materia.2008-10-01.8383554980/view>, acesso em 08.11.09.

<sup>70</sup> Em uma das reuniões da Comissão de Direitos e Garantias Individuais se trabalhou com a expressão “cidadão”, como se referido princípios só fosse aplicável aos nacionais. Em outra ocasião, previu-se que bastava a “declaração judicial” para que o acusado fosse considerado culpado, o que daria margem a discussão quanto a qual tipo de provimento jurisdicional teria o condão de romper com a presunção de inocência, e em que momento.

<sup>71</sup> Fala-se em promulgação, escolhendo-se, assim, um dos critérios para a aprovação e implementação de um texto constitucional, sendo essa forma sinônimo de aprovação democrática, existindo, também, os modelos outorgados, que são os textos impostos por um regime ditatorial, como foram as Cartas Constitucionais de 1937

expressos pelos legitimados em sua representação, sendo elaborada com o objetivo de romper um sistema normativo anterior, e assim dar o norte ao novo regime que se instala a partir dela.

Com a Constituição Federal brasileira de 1988, sua promulgação teve o condão de romper com o sistema autoritário guiado pelo regime militar durante os anos de 1964 e 1985, a fim de se restabelecer o Estado Democrático de Direito. E mais que se afastar do regime anterior, a Constituição brasileira foi extremamente pródiga em estabelecer princípios e normas para guiar a vida em sociedade, expressando nela regras que materialmente não seriam de índole constitucional e sim infraconstitucional apenas, o que fez dela um texto complexo, impreciso e extenso, cujo alcance de seus comandos até hoje vem sendo interpretado pelo Poder Judiciário.

No campo penal e processual penal, ao tratar dos direitos e garantias individuais, no artigo 5º, há uma vasta gama de normas garantistas em favor do ser humano, pois evidentemente se buscou estabelecer contrapesos ao sistema acusatório mais repressivo aplicado pelo regime militar, inclusive estabelecendo que essas garantias seriam normas irrevogáveis, por serem cláusulas pétreas conforme artigo 60º, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Foi a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias Individuais do Homem e da Mulher, por sua subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, à época da Constituinte de 1988, que estudou o melhor texto para tratar do princípio da presunção de inocência, cuja decisão teve a influência dos poderes políticos representados pelos Constituintes<sup>72</sup>.

Na verdade, havia uma dualidade de opiniões, porque o princípio da presunção de inocência pensado de forma absoluta significa a escolha do indivíduo em detrimento do Estado na sua função de proteção à sociedade, e por isso mesmo

---

e de 1967, bem como os modelos pactuados e cesaristas, conforme exposição de Pedro Lenza em seu livro *Direito Constitucional Esquematizado*, ed. Saraiva, 12ª ed., 2008, pág. 23.

<sup>72</sup> CAMARGO, Monica Ovinski de, *op. cit.*, pág. 236.

havia aqueles, mais humanistas, que preferiam consagrar o direito individual, e os mais policialescos, que se preocupavam mais com a defesa da sociedade.

A primeira versão do texto constitucional referente à presunção de inocência, cunhada em parecer da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, dizia que “considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não agradou, porém, a expressão “cidadão”, porque limitava a garantia aos nacionais apenas. Perante a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, foi alterada a proposta de normatização, para se prever que “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Também incomodou os Constituintes essa redação, porque acharam incoerente falar-se em “presunção de inocência” a respeito de uma pessoa acusada criminalmente. Fez-se, então, emenda a referido texto, a qual foi idealizada pelo deputado José Ignácio Ferreira, moldando-o à forma aprovada pela Constituinte posteriormente de forma definitiva, para, conforme suas palavras de justificação da emenda, “caracterizar mais tecnicamente a denominada presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia”<sup>73</sup>.

E referida norma consta no inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A redação aprovada, em comparação com as propostas iniciais, é bem melhor, porque substituiu a expressão “cidadão” por “ninguém”, possibilitando, assim, que essa garantia seja aplicável não só aos nacionais, mas também a todos os estrangeiros, e que não se restrinja o seu conteúdo só aos “acusados”, e sim a todos envolvidos em questões criminais, mesmo em fase de inquérito, antes do início do processo penal.

Em verdade, ao invés de tratar de presunção de inocência, os Constituintes de 1988 preferiram expressar a não culpabilidade, copiando, assim, o

---

<sup>73</sup> *Idem Ibidem*, pág. 236-237.

modelo italiano, idealizado por Manzini, para o qual a presunção de inocência era uma expressão irracional<sup>74</sup>.

Mas ainda que se utilize da expressão “ninguém será considerado culpado” é claro que se está aí a falar de presunção de inocência. Só há duas possibilidades: ou o indivíduo é inocente ou ele é culpado. Não há um estado intermediário, segundo o texto constitucional, e, ainda, houve a decisão política de se afirmar na Constituição Federal que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém poderá ser considerado culpado, o que vale dizer que o indivíduo mantém o seu estado de inocência até que haja decisão definitiva de condenação em sentido contrário.

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, a respeito de referido princípio, ele “traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação, antes da sentença final; toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental”<sup>75</sup>.

Claro que a presunção de inocência é dirigida ao Estado, tendo por objetivo proteger o indivíduo em face da atividade persecutória criminal, mas, como norma de tratamento ao indivíduo, no sentido de se manter seu estado de inocência até que haja condenação penal definitiva, mesmo pelos particulares deveria ser obedecida, mormente em face da imprensa, a qual não poderia execrar indivíduos frente à opinião pública em razão de uma situação de suspeita ou de acusação, mesmo em respeito ao seu dever de informação, quanto no mais em tom dramático, já que referida exposição midiática do indivíduo solapa referido princípio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ricardo Alves Bento, em seu livro *Presunção de Inocência no Processo Penal*, ed. Quartier Latin, São Paulo, 2007, pág. 78, acentua que “A Carta Brasileira teve influência das Escolas Penais Italianas, incompatíveis com a observância esperada da presunção de inocência, para declarar expressamente a presunção de não culpabilidade do indiciado ou acusado em face do exercício da persecução penal estatal”.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, pág. 66.

<sup>76</sup> Cite-se, como exemplo, o famoso caso da Escola Base, quando, em março de 1994, “vários órgãos da imprensa publicaram uma série de reportagens sobre seis pessoas que estariam envolvidas no abuso sexual de crianças, todas alunas da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, na capital. Os seis acusados eram os donos da escola Ichshiro Shimada e Maria Aparecida Shimada; os funcionários deles, Maurício e Paula Monteiro de Alvarenga; além de um casal de pais, Saulo da Costa Nunes e Maria Cristina França. De acordo com as denúncias apresentadas pelos pais, Maurício de Alvarenga, que trabalhava como perueiro da escola, levava as crianças, no período de aula, para a casa de Nunes e Mara, onde os abusos eram cometidos e filmados. O

No mais, conquanto garantia individual, o princípio da presunção de inocência não é considerado de uma forma absoluta, pois, se fosse, levaria à conclusão de que nenhuma medida constritiva à liberdade e a seus direitos enquanto pessoa poderia ser aplicada, o que certamente, se acontecesse, geraria uma situação de caos<sup>77</sup>.

Por isso mesmo referido princípio é balanceado com os outros princípios de igual relevância no sistema constitucional, os quais se refletem no direito de segurança, no direito de propriedade e nos demais direitos do indivíduo.

É essa relativização do princípio da presunção de inocência que justifica as prisões processuais, de natureza cautelar, conforme requisitos legais<sup>78</sup>, porque outros valores também são assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido, Renato Barão Varalda, ao justificar o tema de seu livro *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência – Prisão Preventiva e Ordem Pública*, assevera que:

“a delinqüência da globalização pode tornar necessária uma modificação na concepção da teoria do delito, bem como nas garantias formais e materiais do direito penal e processo penal, com a possibilidade de existência de um

---

delegado Edelcio Lemos, sem verificar a veracidade das denúncias e com base em laudos preliminares, divulgou as informações à imprensa. A divulgação do caso levou à depredação e saque da escola. Os donos da escola chegaram a ser presos. No entanto, o inquérito policial foi arquivado por falta de provas. Não havia qualquer indício de que a denúncia tivesse fundamento. Com o arquivamento do inquérito, os donos e funcionários da escola acusados deram início à batalha jurídica por indenizações. Além da empresa Folha da Manhã, outros órgãos de imprensa também foram condenados, além do governo do estado de São Paulo”. Consulta realizada em 13.11.09 em <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>.

<sup>77</sup> Falando sobre Presunções no Processo Penal, Fernando Capez, *ob. cit.*, à pág. 400, diz que presunção “é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas, e que dura até prova em contrário (presunções relativas). As presunções legais ou absolutas não admitem prova em contrário. Nessa perspectiva, então, trata-se a presunção de inocência de uma presunção relativa no sistema penal e processual penal brasileiro, visto que havendo condenação definitiva desfaz-se referida presunção de inocência do acusado, passando o mesmo a ser considerado a partir daí culpado.

<sup>78</sup> O artigo 312 do C.P.P. diz que cabe a prisão preventiva do acusado para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, e o artigo 30 da Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes financeiros, diz que também cabe a prisão preventiva ao acusado de crime de que trata esta lei “em razão de magnitude da lesão causada”.

modelo de menor intensidade garantístico, contudo sem ingerência no núcleo do direito fundamental”<sup>79</sup>.

Fazendo uma análise crítica e bem realista do fundamento dessas medidas de restrição aos direitos individuais, Luiz Luisi acrescenta as seguintes considerações:

“5. Com o fracasso dos Estados totalitários, embora alguns poucos ainda persistam, - a democracia ganha nova vida assumindo até bem pouco uma fisionomia marcadamente social. É o Estado do bem estar que se inaugura em muitos países do primeiro mundo. Uma democracia onde as liberdades públicas convivem harmonicamente com os direitos sociais.

Todavia chegamos ao fim do milênio com a crise do Estado social, e estamos vivendo a era do chamado neo-liberalismo, e da interdependência internacional, ou seja, a era da globalização.

Porém neste final do segundo milênio da era cristã estamos assistindo uma revolução sem precedentes. A chamada revolução tecnológica está a criar um mundo novo. Nestes últimos decênios, o homem partiu o átomo, descobrindo os segredos do microcosmo. E construiu um artefato terrivelmente mortífero. De outro lado, ultrapassou o seu espaço cósmico, e está a escrever a epopéia da conquista das estrelas. As inovações se sucedem dia a dia com o aperfeiçoamento de instrumentos fantásticos. Aí estão os computadores, cada dia mais potentes, capazes de armazenar milhões de dados: a instaneidade (sic) das comunicações: a engenharia genética, etc ... Some-se a este trepidante desenvolvimento tecnológico, as grandes megalópolis (sic) que concentram milhões de pessoas, com seu festival de problemas.

Todavia esse mundo novo, se sob uma determinada perspectiva se pode dizer admirável, está a produzir quotidianamente sérios problemas. Basta lembrar a deterioração do meio ambiente, a criminalidade massiva, a criminalidade tecnologicamente organizada e transnacional.

6. Para enfrentar esta distorção os Estados democráticos contemporâneos vem assumindo uma nova fase. Ao invés de procurar o caminho das soluções, partindo da necessidade de preservar a autonomia da pessoa humana e uma esfera de liberdade ao cidadão,

---

<sup>79</sup> *Op. cit.*, pág. 14

vem adotando o caminho inverso. As medidas repressivas, chegando algumas a violação graves da privacidade, se fazem cada vez mais numerosas.

Em nosso País essa democracia de verniz repressivo está cada vez mais presente no cotidiano do cidadão. Uma série de leis e outros tantos projetos em tramitação parlamentar desnudam esse novo tipo de Estado. Nele se preserva a sua origem na vontade popular. Mas esta é forjada sob a influência dos órgãos de comunicação, e chega-se a definir os que os controlam, de formadores da opinião pública. O arcabouço do Estado Democrático é preservado. Todavia os poderes são em verdade manipulados pelo poder mais forte, o executivo. A função precípua do Poder legislativo que é de fazer leis é realmente exercida através de medidas provisórias, leis delegadas, etc ... E o Poder Judiciário tem seus Tribunais Superiores constituídos por Juízes ungidos pela escolha presidencial.

Mas o grave dessa conjuntura está na edição de uma série de leis que para enfrentar os aspectos perversos da sociedade tecnocrática se caracterizam por violentar a pessoa humana, invadindo as esferas íntimas de sua autonomia, caracterizando-se por serem cada vez mais detalhistas, chegando o mesmo a conotações tristemente ridículas.

Como acentua Filippo Sgubbi, 'o espaço de liberdade das pessoas se reduz progressivamente, sendo que atualmente é raro encontrar condutas que se possam dizer estranhas a área de uma sanção jurídica'.

.....  
 7. Outro exemplo dessa linha repressora está na Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995, de natureza processual penal, e concernente a criminalidade organizada. Esta lei faz do Juiz um policial, autêntico agente secreto, revivendo o processo inquisitório que acreditávamos definitivamente varrido da nossa legislação.

8. Será possível para enfrentar os desafios da modernidade e da pós-modernidade, a preservação de uma ordem jurídica respeitosa das garantias dos Estados democráticos de direito ? Ou se faz para tanto necessário um direito em que mister se fará o sacrifício das liberdades individuais ?

Este é o grave desafio quando se avizinha um novo milênio. E impõe que na reformulação do Estado e da Ordem Jurídica, para ajustá-los as exigências deste mundo novo, ser obrigatório, - segundo o magistério de Francesco Palazzo, - a defesa dos princípios que o iluminismo 'entregou a toda a humanidade'. E esta tarefa, na lúcida lição do Mestre de Florença, há de realizar-se

trazendo diuturnamente a luz, ‘as constantes e as raízes racionais da Ordem Jurídica’<sup>80</sup>.

E esse é o ponto de discussão, com o qual se busca identificar o equilíbrio entre o já consagrado princípio da presunção de inocência e esses outros valores que justificam a sua relativização, consoante será abordado nos próximos capítulos.

#### **IV.4. A Presunção de Inocência nos Tratados Internacionais**

O estudo da presunção de inocência no campo do direito internacional envolve a análise dos direitos humanos e sua afirmação frente a essas normas de cunho internacional, o que sem dúvida ganhou mais relevo a partir dos anos 1940, com o fim da Segunda Grande Guerra<sup>81</sup>.

Em razão do holocausto provocado pelo Estado alemão de domínio nazista, além de outras violações e atrocidades cometidas nesse período, desenvolveu-se a ideia de que os direitos humanos não podiam ficar sob o jugo de um Estado soberano e sob a sua jurisdição, porque referidos direitos teriam relevância internacional, e assim havia a necessidade de se relativizar a concepção de soberania que existia até então, para que se reconhecesse, como corolário, que alguns direitos da pessoa humana são iminentes à sua condição e em hipótese alguma podem ser violados.

Foi buscando dar efetividade a esses ideais que surgiu, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), entidade de direito internacional integrada pelos países membros, tendo personalidade jurídica própria, independente dos Estados que a formam e mesmo da do Estado onde hoje está sediada (EUA).

---

<sup>80</sup> *Op. cit.*, págs. 324-327. Com a devida vênia, esclarece-se que se optou por fazer na íntegra essa citação de trecho do livro em referência por entendê-lo bastante loquaz, e, assim, caso se anotasse uma ou outra passagem desse texto talvez não se alcançaria o objetivo pretendido de demonstrar todo o raciocínio do autor.

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo: , ed. Max Limond, 2003, pág. 30: a autora comenta que “os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. Em face do regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”.

Em 1948, em Assembleia Geral realizada em 10 de dezembro, foi aprovada, com unanimidade de votos de 48 Estados-partes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na forma de Resolução de nº 217 A (III), a qual passou a definir o sentido moderno de direitos humanos, contemplando não só normas de direito civil ou político, como até então era objeto de acordos internacionais entre Estados soberanos, mas encampando também normas de cunho social, econômico e cultural, o que denota a maior extensão do alcance do que se chama de direitos humanos, pois abarcou também o direito ao trabalho e à educação.

Flavia Piovesan destaca a relevância dessa moderna concepção dos direitos humanos, dizendo que:

“Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem em complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si”<sup>82</sup>.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos informa que seus comandos são um ideal a ser seguido pelos Estados no tratamento do indivíduo, asseverando que

“A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu

---

<sup>82</sup> *Op. cit.*, pág. 37.

reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”<sup>83</sup>.

Como já se disse alhures, a propósito, Monica Ovinski de Camargo considera que o fato de ter se reunido a maioria dos representantes das Nações para que todos reconhecessem que o ser humano possuía direitos e garantias, foi o maior mérito da Declaração Universal de Direitos do Homem<sup>84</sup>.

O princípio da presunção de inocência, reconhecido na Declaração Universal como uma modalidade de direitos humanos, no seu artigo XI, prescreve que há essa presunção até que a culpa seja provada, de acordo com a lei, em julgamento público e com todas as garantias de defesa<sup>85</sup>.

Da forma como colocado, o princípio da presunção de inocência exige que haja a prova de culpabilidade, e que para isto seja assegurado o devido processo legal ao acusado, com o seu pleno direito de defesa. Coloca-se o referido princípio como se fosse ele corolário do devido processo legal, além de não se exigir condenação transitada em julgado para que se afirme ser o acusado culpado. Contenta-se com o julgamento de acordo com a lei, com a possibilidade do exercício do direito de defesa, para que haja a prova de culpabilidade e assim se desfaça a presunção de inocência. Com a sentença condenatória, destarte, poder-se-ia falar em culpável já, e por conseguinte a partir daí poderia o acusado iniciar o seu cumprimento de pena, já que não se exige – repita-se – o trânsito em julgado da sentença penal condenatória na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Embora a Declaração não tivesse a eficácia jurídica de uma norma cogente no plano internacional, sua afirmação foi relevante para iniciar a fase de universalização e posituação dos direitos humanos<sup>86</sup>, o que antes ficava restrito à noção de cidadania e o modo de os Estados tratarem os seus nacionais.

---

<sup>83</sup> Texto da Declaração dos Direitos Humanos obtido em pesquisa realizada em 13.11.09 em [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

<sup>84</sup> *Op. cit.*, pág. 55.

<sup>85</sup> VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos Humanos – Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pág. 17.

<sup>86</sup> PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, pág. 38.

Mas é a partir dessa Declaração Universal de 1948 e dessa nova concepção dos direitos humanos que se inicia o desenvolvimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo aprovados vários tratados protegendo os direitos fundamentais, refletindo, assim, a consciência ética compartilhada pelos Estados-membros<sup>87</sup>.

Cunharam-se normas gerais de proteção aos direitos humanos, na forma de Pactos (Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis de 1966), bem como normas específicas relacionadas a assuntos determinados ou a grupos de minorias, geralmente na forma de Convenção (Convenção contra a Tortura e Convenção sobre os Direitos da Criança).

Além dessa forma geral e especial de proteção no plano universal pela ONU, também passaram a coexistir com esse mecanismo de proteção as entidades regionais de proteção aos direitos humanos, como é o caso da OEA – Organização dos Estados Americanos – por exemplo, as quais também cuidaram de elaborar normas de proteção aos direitos humanos.

Com vários sistemas de proteção dos direitos humanos, no caso de haver conflito entre as respectivas normas, deve ser adotado o critério da primazia da norma mais favorável à pessoa protegida, conforme visão de Antônio Augusto Cançado Trindade, para o qual referido critério, que é expressamente adotado nas normas de direito internacional, minimiza substancialmente as possibilidades de conflitos entre as normas e contribui para demonstrar que a coexistência de vários instrumentos jurídicos acabam por efetivamente ampliar e fortalecer a política de proteção aos direitos humanos<sup>88</sup>.

O Brasil, por sua vez, só a partir de 1985 passou a ratificar os tratados internacionais sobre direitos humanos, com o término do regime militar iniciado em 1964, sendo o marco inicial do processo de incorporação desses tratados no plano

---

<sup>87</sup> *Idem ibidem*, pág. 39.

<sup>88</sup> *Idem ibidem*, pág. 41.

normativo interno a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>89</sup>.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, o qual foi só ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, quanto à presunção de inocência, diz em seu artigo 14.2, conforme já se disse atrás, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>90</sup>.

Referida norma de direito internacional tem o seu texto semelhante ao da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no sentido de reconhecer como direito fundamental de proteção aos direitos humanos a presunção de inocência, inclusive no ponto em que dá azo a se permitir que referida presunção seja desfeita com a sentença condenatória, independentemente da garantia do direito de recurso à instância superior.

Depois, já no plano regional, a OEA – Organização dos Estados Americanos, em Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica, objeto de ratificação pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, quanto ao princípio da presunção de inocência, firmou, em seu artigo 8º, 2, que trata das garantias judiciais, também já dito atrás, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>91</sup>.

Observe-se que o Pacto de San José da Costa Rica da OEA não difere em nada do que prevê o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, pois ambos preveem a presunção de inocência como garantia do indivíduo, reconhecendo-a como direito da pessoa, porém só vincula essa presunção até que não seja comprovada sua culpa, o que vale dizer que só com a sentença de primeira

---

<sup>89</sup> *Idem ibidem*, pág. 422.

<sup>90</sup> VILHENA, Oscar Vieira. *Op. cit.*, pág. 43.

<sup>91</sup> *Idem ibidem*, pág. 259.

instância, pela condenação, após o devido processo legal, poder-se-ia já falar em culpa para justificar a pena e o seu início de cumprimento.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, firmada em Nairobi, Quênia, em junho de 1981, estabelece em seu artigo 7º, 1, b, que “toda pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende” “a presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente”<sup>92</sup>.

O que difere essa Carta das normas de direito internacional firmadas tanto no âmbito da ONU como da OEA é o fato de que para a Carta Africana o princípio da presunção de inocência compreende a necessidade de a prova de culpabilidade ser firmada por um tribunal competente, ou seja, só depois do duplo grau de jurisdição, de modo que não se desfaz a presunção de inocência com a condenação em primeira instância, o que é admissível, porém, no âmbito da ONU e da OEA.

Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as demais normas de direito internacional de cunho político e civil da ONU e da OEA, basta que haja a condenação para que se desfaça a presunção de inocência, já que em referidas normas se exige tão-somente a prova de culpabilidade, o que pode ocorrer por ocasião da sentença condenatória de primeira instância. Mas, no âmbito da Organização da Unidade Africana, a presunção de inocência do acusado só é vencida com a condenação em segunda instância, em julgamento realizado por um Tribunal competente, nos casos em que haja a interposição de recurso.

No continente europeu, em seu plano regional, os direitos humanos são regulados pela Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, adotada em Roma em 4 de novembro de 1950, sendo que é o artigo 6º, item 2, que trata do princípio da presunção de inocência, prevendo que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a

---

<sup>92</sup> *Idem ibidem*, pág. 319.

sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”<sup>93</sup>, seguindo a orientação da ONU e da OEA sobre referido princípio.

#### **IV.5. A Presunção de Inocência e Direito Comparado**

O princípio da presunção de inocência previsto expressamente na Constituição brasileira, em seu artigo 5º, LVII, teve inspiração italiana, cuja carta constitucional de 1948 também o previu, em seu artigo 27, § 2º, no sentido de que o acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva<sup>94</sup>.

Já a Constituição Portuguesa, de 1976, trata em seu artigo 32, nº 2, sobre o princípio da presunção de inocência, no sentido de que “todo o argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”<sup>95</sup>.

Para a carta portuguesa a presunção de inocência só é alcançada se o processo obedecer ao devido processo legal, com todas as garantias de defesa, e desde que o processo seja julgado de forma célere. Evidentemente faz todo sentido se exigir a rapidez no julgamento, já que a pessoa não pode ficar na condição de acusado por um tempo além do necessário para que o seu processo seja julgado com todas as garantias de defesa, porque só a suspeita que recai sobre uma pessoa relativiza essa presunção de inocência.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal para prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, de modo a assim permitir também aqui a conjugação do princípio da presunção de inocência com essa garantia de celeridade do julgamento.

---

<sup>93</sup> *Idem ibidem*, pág. 340.

<sup>94</sup> BENTO, Ricardo Alves. *Op. cit.*, pág. 55.

<sup>95</sup> *Idem ibidem*, pág. 59.

Na França, a presunção de inocência também está inserida em seu texto constitucional, de 1958, e, aliás, em seu preâmbulo, tamanha é a relevância dada a referido princípio, cujo berço foi em seu território, à época da Revolução de 1789. Dispõe-se que “todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para garantir sua integridade, deve ser severamente reprimido pela lei”<sup>96</sup>. Aliás, com essa Carta Constitucional foi renovada a adesão do povo francês aos princípios insculpidos pela Revolução Francesa por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Na Espanha, a presunção de inocência, prevista no artigo 24, item 2, da Constituição de 1978, está atrelada ao devido processo legal e à dignidade da pessoa humana, prevendo que

“todos têm o direito a um juízo ordinário predeterminado por lei, à defesa e à assistência especializada, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e a presunção de inocência. A Lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não estará obrigado a declarar sobre feitos presumidamente delitivos. A presunção de inocência se viola quando a prova a cargo foi obtida mediante violação de direitos fundamentais substantivos”<sup>97</sup>.

Na Colômbia, é o artigo 29 da Constituição de 1991 que trata da presunção de inocência, correlacionando-a ao devido processo legal e às garantias de defesa, prevendo que

“o devido processo se aplicará a toda classe de atuações judiciais e administrativas. Ninguém pode ser julgado senão conforme as leis preexistentes ao ato que se imputa, antes o juiz ou tribunal competente e com observância da plenitude de formas próprias de cada juízo. Em matéria penal, a lei permissiva ou favorável,

---

<sup>96</sup> *Idem ibidem*, pág. 61.

<sup>97</sup> *Idem ibidem*, págs. 62/63.

ainda que seja posterior, se aplicará de preferência a restrita ou desfavorável. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se haja declarado judicialmente culpado. Quem for investigado tem o direito à defesa e assistência de um advogado por ele, de ofício, durante a investigação e o julgamento; a um devido processo público sem dilações injustificadas; a apresentar provas e contradizer as que se alegam em seu prejuízo; a impugnar a sentença condenatória, e a não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. É nula, de pleno direito, a prova obtida com violação do devido processo”<sup>98</sup>.

Na Costa Rica, a Constituição de 1949, revisada amplamente em 1998, dispõe em seu artigo 39 sobre o princípio da presunção de inocência, destacando-o como imperativo do direito de defesa. Segundo tal preceito,

“a ninguém poderá sofrer pena senão por delito, quase delito ou falta, sancionados por lei anterior e em virtude de sentença definitiva ditada por autoridade competente, prévia oportunidade concedida ao indiciado para exercer sua defesa e mediante a necessária demonstração de culpabilidade”<sup>99</sup>.

Na Constituição mexicana, o princípio da presunção de inocência está implícito, decorrente mesmo do sistema de proteção à pessoa humana previsto no texto constitucional, sendo que se tira do seu artigo 14 a conclusão de adoção de referido princípio, ao se prever que

“nenhuma lei se dará efeito retroativo em prejuízo de pessoa alguma. Ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou de suas propriedades, posses ou direitos, senão mediante juízo seguido ante dos tribunais previamente estabelecidos, e que se cumpram as formalidades essenciais de procedimento e conforme as leis expedidas com anterioridade ao feito”<sup>100</sup>.

A Constituição da Argentina, em seus artigos 18 e 19, trata do princípio da presunção de inocência também de forma implícita, pois o coloca como corolário

---

<sup>98</sup> *Idem ibidem*, págs. 66/67.

<sup>99</sup> *Idem ibidem*, pág. 69.

<sup>100</sup> *Idem ibidem*, pág. 71.

do direito de defesa e do devido processo legal, além de dar margem para entendê-lo restrito aos residentes em território desse país, ao dizer que

“nenhum habitante da Nação pode ser apenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais, ou tirado dos juízes designados por lei antes do fato da causa. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo; nem mesmo preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos ...”<sup>101</sup>.

A Constituição alemã, de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, atualizada em 1949, não trata especificamente do princípio da presunção de inocência, mas o reconhece implicitamente quando admite claramente em seu Capítulo I, que se refere aos direitos básicos, que a

“(1) Dignidade Humana é inviolável. Para lhes respeitar e proteger é o dever de toda autoridade estatal. (2) O povo alemão reconhece admitindo a sua inviolabilidade e inalienabilidade enquanto direitos humanos como base de cada comunidade humana, de paz e de justiça no mundo”<sup>102</sup>.

Na Constituição dos EUA, o princípio da presunção de inocência também não é expresso, já que decorre mais da interpretação da 5ª e da 6ª emendas, ambas de 1791, no sentido de que “nenhuma pessoa (...) será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, da liberdade ou propriedade sem processo legal regular” e de que “em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público”<sup>103</sup>. Observe-se que a Constituição americana coloca a presunção de inocência como um desdobramento da devido processo legal, sendo relevante o destaque que desde a 6ª emenda já se falava da necessidade de um processo criminal célere, norma esta que só foi incorporada ao texto constitucional brasileiro em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45.

---

<sup>101</sup> *Idem ibidem*, págs. 74/75.

<sup>102</sup> *Idem ibidem*, págs. 78/81.

<sup>103</sup> *Idem ibidem*, págs. 85/86.

## V - DIREITO PENAL DO INIMIGO

Tema de atual discussão na doutrina penal é o denominado Direito Penal do Inimigo, cuja expressão foi utilizada pela primeira vez por Günther Jakobs em conferência realizada em Frankfurt em 1985<sup>104</sup>. De novo, em 1999, Jakobs defendeu a necessidade de um direito penal do cidadão e de um outro direito, dirigido ao inimigo, em palestra realizada na Conferência do Milênio, em Berlim<sup>105</sup>.

O conceito de inimigo tem sua origem no direito romano, sendo utilizado para identificar o estranho, que era o inimigo político – *hostis* – que carecia de direitos do *ius gentium* e por isso era como se estivesse fora da comunidade, sendo que “em situações excepcionais, nas quais um cidadão romano ameaçava a segurança da República por meio de conspirações ou traição, o Senado podia declará-lo *hostis*, inimigo público”<sup>106</sup>.

Esse direito penal do inimigo se fundamenta no fato de que alguns criminosos, em razão da gravidade de seus crimes e também por causa de sua alta periculosidade, não podem se valer das garantias penais e processuais penais comuns que o sistema jurídico concede às demais pessoas, havendo, assim, a necessidade de dois sistemas penais distintos, um com todas as garantias para as pessoas e outro, sem todas essas garantias, para o inimigo eleito por esse sistema.

Segundo Jakobs,

“o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome

---

<sup>104</sup> LUISI, Luiz. *Um Direito Penal do Inimigo : o direito penal soviético in Direito Penal em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007, pág. 111.

<sup>105</sup> *Idem Ibidem*, pág. 111.

<sup>106</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007, pág. 22.

medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança”<sup>107</sup>.

Fundamenta-se essa doutrina nas teorias contratualistas de Estado de Rousseau e Hobbes, no sentido de que esses criminosos mais perigosos, eleitos como inimigos, ofendem a própria estrutura do Estado, como que não se sujeitando às normas do contrato social, e por isso mesmo não teriam direito de se valer das garantias penais e processuais penais pertencentes aos cidadãos.

Diz Jakobs:

“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”<sup>108</sup>.

No direito penal do inimigo há a preocupação com o autor, em função de sua periculosidade extremada, diferentemente do direito penal do cidadão, cujo dogma é todo pautado no fato delituoso.

No direito penal do inimigo busca-se prevenir que o criminoso realize o ato, e assim adianta-se a política penal de repressão para os atos preparatórios, ao passo que no direito penal do cidadão a pena é aplicada só depois da realização do fato, já que seu cometimento não chega ao ponto de desestruturar a sociedade.

Cleber Rogério Masson diz, a propósito do assunto, que

“se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar pratique ele infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para manutenção da ordem deve combater-se sua

---

<sup>107</sup> JAKOBS, Günther e Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2008, pág. 29.

<sup>108</sup> *Op. cit.*, pág. 36.

periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime”<sup>109</sup>.

Manuel Cancio Meliá aponta três características do direito penal do inimigo: a primeira está no adiantamento da punibilidade, ou seja, punir pelos atos anteriores ao fato futuro, ao contrário do que acontece no direito penal, em que se pune pelo fato realizado; a segunda está na apenação, que é excessivamente alta e de forma desproporcional; e a terceira está na relativização ou mesmo supressão de algumas garantias penais e processuais penais<sup>110</sup>.

Silva Sánchez, na Espanha, também tem tratado do direito penal do inimigo em sua concepção político-criminal, atribuindo, porém, a essa nova teoria, o nome de “terceira velocidade”<sup>111</sup>.

Em verdade, o denominado direito penal do inimigo não se trata de uma doutrina nova. De tempos em tempos a sociedade trabalha com o equilíbrio da balança entre o garantismo e esse direito penal de exceção, ora pendendo para um lado, ora para outro.

Luiz Luisi<sup>112</sup>, a propósito do assunto, lembra que em Atenas, sob o governo de Dracon, estabeleceu-se na legislação penal a pena de morte para todos os crimes, sendo que até hoje ecoa a expressão “draconiana” como sinônimo de severidade. Essa situação não perdurou por muito tempo, pois logo se viu a

---

<sup>109</sup> *O Direito Penal do Inimigo in Processo Penal e Garantias Constitucionais*. Marco Antonio Marques da Silva (Coord), São Paulo: ed. Quartier Latin, 2006, pág. 145.

<sup>110</sup> *Op. cit.*, pág. 67.

<sup>111</sup> *Apud* Manuel Cancio Meliá, *op. cit.*, pág. 68/69. Veja-se trecho do comentário, referindo-se à monografia de Jesus Maria Silva Sánchez, que se dedica a caracterizar a política criminal das sociedades pós-industriais, chamada “*La expansión del Derecho penal. Aspectos de La política criminal en las sociedades postindustriales*”: “De acordo com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas ‘velocidades’ no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A Segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo –, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras ‘clássicos’ a menos gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações –, a imagem das ‘duas velocidades’ induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito penal do inimigo como ‘terceira velocidade’, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a ‘flexibilização’ dos princípios político-criminais e as regras de imputação”.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, pág. 113.

necessidade de se abrandar a pena para algumas infrações. Manteve-se, porém, a pena de morte para os crimes então reputados mais graves, substancialmente os contra os deuses e contra as instituições do Estado, para os quais, inclusive, a responsabilidade era objetiva, sendo desconsiderada a verdadeira intenção do autor do fato.

No direito romano, o crime de *perduellio*, assim denominado o delito de traição à pátria em suas várias formas, também era apenado com a pena de morte, mediante fustigação e decapitação com o machado. O *perduellis* era o então inimigo e a ele não se reconhecia a condição de pessoa<sup>113</sup>.

No direito penal medieval, e servem como exemplos as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, eram punidos com pena de morte vários crimes, todos relacionados à religião ou ao Estado, estando aí a figura do inimigo.

Em análise crítica das Ordenações Filipinas, José Henrique Pierangeli destaca que:

“É de todos sabido o rigor e a iniquidade contidos no Livro V, das Ordenações do Reino. Ninguém, entre nós, resumiu melhor o conteúdo dessas compilações do que José Frederico Marques, cuja página merece ser transcrita: nessas compilações rigorosas e iníquas, ‘o legislador ali só teve em vista conter os homens por meio do terror’, como disse Coelho da Rocha. Penas crudelíssimas eram cominadas a infrações muitas vezes sem maior importância. E o catálogo de delitos era tão extenso que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço. Além de bárbaras e atrozes, as penas eram desiguais: influía na sanção a qualidade ou condição da pessoa, pois se puniam diversamente os nobres e os plebeus...”

Extremamente contundente é a crítica que Batista Pereira faz do Livro V, das Ordenações: ‘Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que,

---

<sup>113</sup> Luiz Luisi, *op. cit.*, pág. 114.

invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas...

Tão grande era o rigor das Ordenações, onde a cominação da pena de morte era uma constante, que se conta haver Luís XIV, da França, famoso pelo seu absolutismo, interpelado ironicamente o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havia escapado com vida.

Também no Brasil encontramos exemplos da extrema crueldade dessa legislação. Tiradentes, acusado e condenado de crime de lesa-majestade, foi enforcado, esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes colocados à beira das estradas nas cercanias de Vila Rica, com slogans destinados a advertir ao povo sobre a gravidade dos atos de conspiração contra o monarca (na época, D. Maria, a Louca). As inscrições diziam que ninguém poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor. Ainda quanto a Tiradentes, impôs-se a pena de infâmia até à sua quarta geração"<sup>114</sup>.

Luiz Luisi, falando sobre as Ordenações do Reino, diz que os inimigos punidos com a morte cruel em função de seus delitos eram “os hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas, afora os autores dos crimes de lesa majestade, previstos em numerosas hipóteses”<sup>115</sup>.

Depois, com o iluminismo, movimento que culmina na Revolução Francesa de 1789, e considerando também a obra de Beccaria – *Dei Delitti e Delle Pene* – de 1764, ganha força o tratamento humanitário dos presos, com a afirmação das garantias penais e processuais penais, de cuja época surge a Escola Clássica

---

<sup>114</sup> *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*, 2ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2004, pág. 58.

<sup>115</sup> *Op. cit.*, pág. 114.

italiana do direito penal, a partir de quando há a preocupação do estudo científico dessa disciplina.

Com o aumento da criminalidade, desenfreada por conta da migração da população para as cidades, no período pós-industrial, e a partir daí havendo a necessidade de combate dessa escalada dos crimes, surge a Escola Positivista do direito penal, em que as garantias penais e processuais são de novo minimizadas ou suprimidas, ao ponto de Raffaele Garofalo sustentar que para os delinquentes “temíveis”, para os quais não há medida capaz de fazer cessar essa “temibilidade”, a única solução é a eliminação de suas vidas<sup>116</sup>.

Os regimes totalitários também sempre fizeram uso desse direito penal do inimigo, como ocorreu na Alemanha nazista e na Rússia pós-Revolução, na primeira metade do século XX, em que esse direito era utilizado para justificar, com duvidosa legalidade, a eliminação de centenas de milhares de seus inimigos, os judeus e não-arianos para aquele caso e os burgueses e contra-revolucionários para este<sup>117</sup>.

Na Alemanha, como exemplo, pode ser citado o tratamento que era dado aos delinquentes habituais, para os quais se impunha uma pena indeterminada para o criminoso perigoso e incorrigível, conforme legislação de 1933, e também o projeto de lei dos estranhos à comunidade, em sua versão de 17.3.1944<sup>118</sup>, cuja exposição de motivos, em trecho dos mais impactantes, conforme obra de Francisco Muñoz Conde, diz :

---

<sup>116</sup> *Idem ibidem*, pág. 114.

<sup>117</sup> *Idem ibidem*, pág. 114

<sup>118</sup> Francisco Muñoz Conde, em livro chamado *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos sobre o Direito Penal no Nacional – Socialismo*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2005, à pág. 118, apresenta o projeto de lei dos “estranhos à comunidade”, cujo artigo I os define, dizendo: “Artigo I – Estranhos à Comunidade § 1º É estranho à comunidade: 1. Quem, por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo. 2. Quem a) por uma atitude de rechaço ao trabalho ou dissoluta leva uma vida inútil, dilapidadora e com isto molesta a outros ou à comunidade, ou por tendência ou inclinação à mendicância ou vagabundagem, ao trabalho ocasional, pequenos furtos, estelionatos ou outros delitos menos graves, ou em estado de embriaguez provoca distúrbios ou por estas razões infringe gravemente seus deveres assistenciais, ou b) por seu caráter associal ou encrenqueiro perturba continuamente a paz da generalidade, ou 3. Quem por sua personalidade ou forma de condução de vida revela que sua mente está dirigida à comissão de delitos graves (delinquentes inimigos da comunidade e delinquentes por tendência).

“A experiência de decênios ensina que a criminalidade se alimenta continuamente das ralés (Sippen) menos valiosas. Os membros concretos destas ralés se encontram sempre com os membros de outras igualmente más, provocando assim que o que menos vale não só se herde de geração em geração, senão que frequentemente se expanda na delinqüência. A maioria desta gente nem quer nem é capaz de integrar-se na comunidade. Levam uma vida estranha à idéia de comunidade, carecem inclusive de sentimento comunitário, com freqüência são incapazes ou inclusive inimigos da comunidade, e em todo caso são estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremde*).

Os governos da época sistemática (Systemzeit) (\* se refere à República de Weimar) fracassaram frente a estes estranhos à comunidade. Não utilizaram os conhecimentos da teoria da herança e da Biologia Criminal para fundamentar uma sã política assistencial e criminal. Como consequência de sua ideologia liberal só viram sempre os “direitos” do indivíduo e pensavam mais em sua proteção frente à manifestação do poder estatal que na utilidade da generalidade.

Mas ao nacional-socialismo não preocupa o indivíduo em absoluto, quando se trata de comunidade”<sup>119</sup>.

E novamente, após a Segunda Grande Guerra, e inclusive se valendo de órgãos internacionais, como a ONU, houve toda uma movimentação mundial pelo restabelecimento de um direito penal com todas as garantias penais e processuais penais, cujo sistema vem sendo aplicado até os dias atuais.

O diferencial do direito penal do inimigo de agora, em comparação aos sistemas mais repressivos de outrora, está no fato de se buscar reconhecer essa modalidade de “direito” no Estado de Direito.

Zaffaroni coloca que o direito penal do inimigo nada mais é do que uma limitação do princípio do Estado de direito imposta pela “necessidade e em sua estrita medida”<sup>120</sup>.

O problema está nessa necessidade e em sua estrita medida, porque em verdade não há limites, ao menos não de forma objetiva, porque isto – a decisão

---

<sup>119</sup> *Op. cit.*, págs. 122-123.

<sup>120</sup> *Op. cit.*, pág. 24.

sobre os limites dessa necessidade – sempre ficará a cargo de um individualizador, sendo ele também a pessoa a dizer sobre a existência da necessidade, o que vale dizer que referida decisão terá contornos subjetivos, além de ser de competência de quem detém o poder.

O reconhecimento desse direito penal do inimigo, assim, cria uma exceção ao Estado de Direito, levando, neste ponto, a um Estado absoluto, porque, segundo Zafforani:

“o único critério objetivo para medir a *periculosidade* e o *dano* do infrator só pode ser o da *periculosidade* e do *dano* (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do *individualizador do inimigo*, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, uma *Not* que não conhece *Gebot*”<sup>121</sup>.

Luigi Ferrajoli destaca que esse direito penal especial é indubitavelmente “contrastante com os princípios do Estado de direito”, sendo um procedimento “decisionista e inquisitório fundado no princípio amigo/inimigo”, cujo modelo se relaciona “a uma tradição antiga e recorrente de decisionismo penal que celebrou os seus máximos festejos em matéria de delitos políticos ou de crime de lesa-majestade”<sup>122</sup>.

### V.1. Direito Penal do Inimigo e Direito Comparado

Nos Estados Unidos a política criminal foi toda construída em volta da repressão ao aumento da criminalidade que ocorreu substancialmente a partir dos anos 1970.

Com a queda do Estado social (*welfare*) e com o surgimento, a partir daí, de um Estado neoliberal, fruto mesmo do Período pós – Revolução dos Direitos

---

<sup>121</sup> *Op. cit.*, pág. 25.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, pág. 755.

Civis próprio dos anos 1960, com o término do sistema Jim Crow<sup>123</sup>, aumentou-se substancialmente a criminalidade, já que houve um maior adensamento populacional nas grandes cidades e os serviços de assistência social estavam diminuindo.

Para combater essa criminalidade, aos poucos os Estados Unidos foram se tornando um Estado policial, e ainda assim sem que houvesse redução na escalada da criminalidade. O combate a essa criminalidade foi todo focado nas camadas mais pobres da população, formada basicamente por afro-americanos, já que grande parte dos seus jovens acabava se envolvendo com esses delitos<sup>124</sup>.

Conforme Loïc Wacquant,

“o desdobramento dessa política estatal de criminalização das conseqüências da pobreza patrocinada pelo Estado opera de acordo com duas modalidades principais. A primeira, e menos visível, salvo para os diretamente afetados por ela, consiste em reorganizar os serviços sociais em instrumento de vigilância e controle das categorias indóceis à nova ordem econômica e moral”<sup>125</sup>.

E prossegue referido autor:

---

<sup>123</sup> Loïc Wacquant, em seu livro *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A Onda Punitiva)*, 3ª ed., Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico – Vol. 6, à pág. 331-332, diz que a história dos Estados Unidos apresenta três fases distintas para definir, controlar e confinar os afro-americanos, ao que ele denomina de “instituições peculiares”, a primeira compreendendo a escravidão, base da economia do século XIX, até a Guerra de Secessão; a segunda o chamado sistema de Jim Crow, regime legal de discriminação e de segregação, que perdurou por um século, entre a abolição da escravatura e a Revolução dos Direitos Civis, sobre o qual se assentou a sociedade predominantemente agrária dos estados sulistas; e a terceira, pela qual os Estados Unidos conseguiu conter os descendentes de escravos nas metrópoles do Norte industrializado, se denomina como gueto, produto da urbanização e da proletarização.

<sup>124</sup> Nesse mesmo livro, à pág. 119, Loïc Wacquant destaca estatística americana relativa ao ano de 1990, segundo a qual 40% dos afro-americanos entre 18 e 35 anos da Califórnia estavam presos, em liberdade vigiada ou em liberdade condicional; em Washington D.C. essa taxa era de 42% e em Baltimore era de 56%.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, pág. 111. Ainda diz que é exemplo disso “a onda de reformas votadas entre 1988 e 1995 na esteira do *Family Support Act* por cerca de 36 estados que restringiram o acesso à ajuda pública e o condicionaram à adoção de certas normas de conduta (econômica, sexual, familiar, educativa, etc) e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas e humilhantes. As mais comuns dessas exigências estipulam que o beneficiário deve aceitar qualquer emprego ou atividade semelhante que lhe for proposta, quaisquer que sejam a remuneração e as condições de trabalho, sob pena de ter de abrir mão do seu direito à assistência (*workfare*). Outras moldam a ajuda às famílias em função da assiduidade escolar de seus filhos ou do adolescente beneficiário (*learnfare*) ou da inscrição deles em pseudoprogramas de treinamento, que oferecem poucas ou mesmo nenhuma qualificação e perspectiva de emprego. Outras, enfim, fixam um teto no auxílio em dinheiro ou estabelecem uma duração máxima, depois da qual nenhuma ajuda será concedida. Em Nova Jérsei, em meados dos anos 1990, por exemplo, a verba AFDC era suprimida se uma jovem mãe solteira não morasse com seus pais (mesmo se estes a tivessem colocado porta afora) e se ela tivesse mais filhos a quantia a receber diminuiria.”

“O segundo componente da política de contenção repressiva dos pobres é o recurso maciço e sistemático à prisão. O confinamento é a outra técnica a partir da qual o incômodo problema da marginalidade persistente, enraizada no desemprego, no subemprego e no trabalho precário, tornou-se menos visível – se não desapareceu – da cena pública”<sup>126</sup>.

Esse aumento significativo ocorreu por causa do combate às drogas, cuja ação ocorreu principalmente nos centros urbanos mais decadentes, onde o seu comércio era bastante atrativo aos jovens que viam nessa atividade uma fonte lucrativa e meio mais eficaz de se alcançar o seu “sonho americano”, política essa deflagrada em 1983 com o nome de “guerra às drogas”, voltada à perseguição dos traficantes de calçada e aos consumidores pobres, o que acabou atingindo de forma desproporcional os mais pobres, visto que apontada diretamente aos bairros mais humildes<sup>127</sup>.

Essa política de “guerra às drogas” foi um fracasso total, pois, na década de 1990 a população carcerária triplicou, e, se forem considerados também os indivíduos colocados em liberdade vigiada (*probation*) e os em liberdade condicional (*parole*), eram mais de 5 (cinco) milhões de estadunidenses sob supervisão penal em 1995, o que representava 2,5% da população adulta do país<sup>128</sup>.

E por conta dessas situações de desordem, medidas de segurança pública foram implementadas visando à atuação policial mais ostensiva, surgindo aí,

---

<sup>126</sup> *Op. cit.*, pág. 113. Sobre esse tópico, ainda diz o autor que “a população condenada à reclusão nas prisões estaduais e nas penitenciárias federais (excluindo-se os detentos das cadeias municipais e dos condados, à espera de julgamento ou condenados a penas curtas) literalmente explodiu em meados de 1970, passando de 200.000 detentos em 1970 para perto de um milhão em 1995, um crescimento de 442% em um quarto de século, algo jamais visto numa sociedade democrática. A exemplo do descomprometimento social do Estado, o encarceramento atingiu prioritariamente os negros urbanos: o número de detentos afro-americanos aumentou sete vezes entre 1970 e 1995, depois de ter caído 7% durante a década precedente (muito embora a criminalidade tenha crescido rapidamente durante os anos 1960). Para cada período, a taxa de crescimento da população de negros condenados ultrapassou em muito a de seus compatriotas brancos. Nos anos 1980, os Estados Unidos adicionaram uma média de 20.000 afro-americanos *anualmente* ao seu estoque total de prisioneiros. E, pela primeira vez no século XX, as penitenciárias do país passaram a abrigar mais negros do que brancos. Em 1995, os afro-americanos representavam 12% da população nacional, mas forneciam 53% dos internos das prisões, contra 38% um quarto de século antes. A taxa de encarceramento dos negros triplicou em apenas 12 anos, atingindo 1.895 em 100.000, no ano de 1993, ou seja, quase sete vezes mais do que a taxa dos brancos (293 por 100.000) e vinte vezes as taxas comumente registradas nos principais países europeus naquela época”

<sup>127</sup> Loïc Wacquant, *op. cit.*, pág. 115.

<sup>128</sup> Loïc Wacquant, *op. cit.*, pág. 117.

em 1993, em Nova Iorque, a política de “tolerância zero” como forma de repressão à criminalidade.

Essa política de “tolerância zero” foi embasada na teoria criminológica denominada “teoria das janelas quebradas” (*broken-windows theory*), formulada em 1982 pelo cientista político James Q. Wilson e pelo ex-chefe de polícia de Kansas City George Kelling, para a qual a

“repressão imediata e severa das menores infrações e desentimentos na via pública restringe o desencadeamento das infrações criminosas de maior monta, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem – uma estranha ilustração do dito popular francês ‘quem rouba um ovo, rouba um bezerro’”<sup>129</sup>.

Sobre a eficácia dessa política de “tolerância zero”, diz o relatório do *Manhantan Institute*, nas palavras de Loïc Wacquant, ser referido plano o “grande promotor da limpeza de classe das ruas e centro nevrálgico da campanha mundial de penalização da pobreza”<sup>130</sup>, e que “a baixa contínua da estatística criminal no curso dos últimos dez anos nos Estados Unidos deveu-se à ação enérgica e inovadora das forças de ordem, depois que elas foram finalmente liberadas dos tabus ideológicos e das amarras jurídicas que até então as prendiam”<sup>131</sup>.

Assim, em Nova Iorque, desde 1993, qualquer pessoa que cometesse a mais leve das transgressões, como mendigar, andar sem rumo pela cidade ou mesmo ouvir o som do carro em um volume muito alto, era detida e colocada na prisão. O objetivo era, então, consertar as “janelas quebradas”, ou seja, punir todos os casos de desordem e prevenir, assim, que qualquer um as quebrasse de novo.

E com a polícia mais ostensiva, já que houve o aumento de 27.000 para 41.000 do número de efetivos da polícia, entre 1993 e 2000, e com uma estratégia de policiamento mais proativa do que reativa, de fato houve a diminuição

---

<sup>129</sup> Loïc Wacquant, *op. cit.*, pág. 435.

<sup>130</sup> *Idem Ibidem*, pág. 419.

<sup>131</sup> *Idem ibidem*, pág. 419.

dos índices de criminalidade, às custas, porém, dos direitos e garantias individuais do cidadão.

Sobre a “tolerância zero”, importante destacar trecho da autobiografia de Jack Maple, Comissário-Assistente do Departamento de Polícia de Nova Iorque, publicada em 1999 sob o título de *Crime Fighter*, no qual diz que “a polícia de ‘qualidade de vida’ trabalha para reduzir o crime porque permite que o policial capture os bandidos quando eles estão fora de serviço, da mesma forma que se ataca os aviões do adversário enquanto eles ainda estão no solo”<sup>132</sup>.

Toda essa política americana denota a aplicação e reconhecimento do que se chama de direito penal do inimigo, visto que as camadas mais pobres, formadas em sua maioria por negros, atualmente nos guetos existentes nos grandes centros urbanos, são as mais afetadas por essas políticas de intolerância, que cada vez mais agem de forma preventiva, preocupando-se com o potencial autor de um delito, e não com o fato em si, já realizado.

Ainda nos Estados Unidos também se observa o recrudescimento penal, próprio de normas de direito penal do inimigo, em relação aos delinquentes sexuais, denominados como *sex offenders*.

Entre 1937 e 1950, vários Estados aprovaram normas regulando esses crimes, autorizando inclusive a detenção em hospitais para doentes mentais com fins preventivos. De 1950 a 1972, outros 13 Estados previram essas situações em seus códigos penais. Depois, embora essas leis tenham sido declaradas inconstitucionais e também revogadas em sua maioria, outra norma obrigando os ex-delinquentes sexuais a informar o seu paradeiro permitiu que as autoridades mantivessem esses criminosos sob forte vigilância<sup>133</sup>.

Na Califórnia, desde 1995 se o delincente sexual não cumpre com essa obrigação de informar o seu local de residência, pode ser apenado entre 16 e 36 meses de prisão, e até pena perpétua, no caso de ser a terceira infração dele,

---

<sup>132</sup> *Idem ibidem*, pág. 440.

<sup>133</sup> *Idem ibidem*, pág. 356.

por conta da severa lei do *Three Strikes and You're Out* (três crimes e está fora, numa interpretação livre e contextualizada).

Esses ex-detentos também ficam proibidos de exercer qualquer profissão ou mesmo fazer parte de qualquer organização que os coloquem em contato com crianças.

Em 1996, o Congresso americano também votou a Lei Megan, que permite às autoridades ficharem esses criminosos sexuais, quando soltos, para que a vizinhança onde moram possa ter conhecimento de que perto de sua casa mora um *sex offender*<sup>134</sup>.

Houve também a aprovação por todo o país de leis de Megan, para obrigar a polícia de cada localidade não só a registrar o ex-delinquente, como também a notificar publicamente a sua presença e as suas ações.

No Alabama, a lista dos criminosos sexuais é afixada nos murais da prefeitura e nas delegacias. Em grandes centros urbanos, como Birmingham, Mobile e Huntsville, todos os moradores que residem perto desse delinquente, em um raio de 300 metros, são avisados pessoalmente de sua presença<sup>135</sup>.

Na Luisiânia, é o próprio delinquente sexual quem tem de comunicar seus vizinhos, as autoridades responsáveis pela escola, parques e jardins públicos de seu bairro, sob pena de pagar multa e ficar preso, além de publicar no jornal local a sua situação e onde mora. Os tribunais podem também exigir que um delinquente por crime sexual traja uma vestimenta diferenciada para que todos tenham conhecimento de sua pessoa, a exemplo do que aconteceu com os judeus na idade média<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Essa norma denominada Megan foi elaborada em razão de Megan Kanka, uma menina de Nova Jérsei que foi violentada e assassinada por um pedófilo em liberdade condicional, que vivia em frente à casa de seus pais sem que eles soubessem disso, e cuja morte, em 1994, desencadeou uma série de normas mais ou menos idênticas em praticamente todos os 50 Estados da federação americana.

<sup>135</sup> Loïc Wacquant, *op. cit.*, pág. 364,

<sup>136</sup> *Idem ibidem*, pág. 364.

Na Carolina do Norte, os arquivos com dados de condenados por crimes sexuais são enviados a todas as entidades que se ocupam de crianças, deficientes físicos e de idosos<sup>137</sup>.

Na Flórida, divulgam-se os dados desses criminosos pela *internet*, indicando seus nomes, fotos, endereços e as circunstâncias de seus crimes, sendo que os criminosos de outros Estados que ingressem em seu território devem em 48 horas se declarar às autoridades<sup>138</sup>.

Em 2004, um *web site* organizado pela secretaria de Justiça do Estado da Califórnia passou a exibir um mapa da localização dos delinquentes sexuais, o qual permite que os internautas procurem o registro pelo nome, endereço, cidade, código postal ou pela localização de escolas e parques<sup>139</sup>.

Obviamente que essas leis tiveram o efeito perverso de estigmatizar essas pessoas, muitas das quais tinham cometido esses crimes há décadas e já tinham reestruturado suas vidas, com família e emprego inclusive, sem contar as situações de erros nesses cadastros, até mesmo porque em alguns Estados americanos, até o final da década de 1970, relações homossexuais eram tidas como criminosas.

Essas pessoas foram humilhadas e obrigadas, muitas vezes, a mudar de endereço, perdendo suas casas e empregos, sendo lançadas à marginalidade, quando não ao suicídio, pois tinham suas vidas destruídas<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> *Idem ibidem*, pág. 365.

<sup>138</sup> *Idem ibidem*, pág. 365.

<sup>139</sup> *Idem ibidem*, pág. 370.

<sup>140</sup> Loïc Wacquant, em obra já citada, à pág. 374, ilustra a situação de um caminhoneiro em Santa Rosa, que foi agredido verbalmente por seus vizinhos, que exigiam o seu banimento da cidade. Em decorrência disso ele foi dispensado pelo seu empregador e depois preso pela polícia sob suspeita de ter infringido as condições que lhe permitiram ser posto em liberdade condicional, pois dirigiu a palavra a um jovem morador das vizinhanças, sendo que a Secretaria do Trabalho da Califórnia se recusou a intervir na questão, não ordenando a anulação da sua demissão do emprego, e, além disso, ele foi condenado por mais nove meses de detenção, pois a mãe do adolescente com quem ele havia falado depôs contra ele.

À pág. 375, diz: “Em julho de 1998, o cadáver de Michael Allan Patton, de 42 anos, foi encontrado pendurado numa árvore perto da auto-estrada 101, na saída de Santa Rosa. Ele se suicidou seis dias depois de a polícia ter ido de porta em porta em seu bairro, distribuindo panfletos que revelavam o seu passado judiciário. (...). No verão anterior, um jornalista do *Paradise Post*, em Butte, Montana, foi despedido depois que o jornal descobriu que ele figurava na lista dos ex-delinquentes sexuais do estado. No Oregon, um condenado por delito contra os

Essas leis de Megan aprovadas em vários Estados americanos denotam bem a aplicação do Estado policial naquele sistema, dando foros de legalidade a medidas que atentam contra os direitos humanos daquele que é estigmatizado como criminoso sexual.

Na Espanha, observa-se a aplicação de um direito penal do inimigo sobre as pessoas implicadas em crimes cometidos por organizações criminosas armadas ou por terroristas<sup>141</sup>, mesmo sendo uma das garantias constitucionais do sistema espanhol o “Derecho a asistencia letrada”, ou seja, o direito de todo acusado ser defendido por advogado em processos policiais e judiciais. Segundo artigo 527 do Código Penal espanhol, essas pessoas podem ser declaradas incomunicáveis pelo Juiz, a ponto de nem mesmo poderem ser assistidas por seus advogados nesse período, sendo que referida incomunicabilidade, conforme artigo 509 desse mesmo código<sup>142</sup>, durará o tempo estritamente necessário para a investigação, desde que não superior a 5 (cinco) dias prorrogáveis por mais 5 (cinco), podendo ainda ser decretada uma segunda incomunicabilidade por até 3 (três) dias, com a devida motivação judicial.

Enquanto estiver incomunicável, a prisão do acusado e o local onde se encontra não será comunicada aos seus familiares ou à pessoa por ele designada,

---

costumes deixou precipitadamente sua cidade depois que uma cruz em chamas foi plantada uma noite no seu jardim. O carro de um “sex offender” explodiu por ocasião de um atentado a bomba em Covina, subúrbio de Los Angeles; um outro foi dilapidado em Massachusetts. No Texas, a casa de um condenado pelo estupro de uma criança foi destruída num incêndio criminoso, na véspera de sua libertação”.

<sup>141</sup> Julio Díaz-Maroto y Villarejo, em artigo intitulado *Derechos del detenido a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, publicado no livro *Direito Penal em Tempos de Crise*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, à pág. 56, diz : “A todo lo expuesto sobre el derecho a la *asistencia letrada* hay que agregar que este derecho estará limitado a que se le nombre un abogado de oficio en supuestos en que se hubiere decretado judicialmente la *incomunicación* del detenido (art. 527 LECr.), situación que suele producirse (art. 520 bis) cuando la persona detenida lo es como presunto partícipe en la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bi (los cometidos por persona integrada o relacionada com bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes)”.

<sup>142</sup> À pág. 57, o mesmo autor da nota 140 diz: “La *incomunicación*, como se indica en el art. 509 LECr., durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar ‘que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas em los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas com su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos’ sin que pueda extenderse más allá de *cinco* días, aunque podrá prorrogarse por cinco días, siempre mediante auto motivado del Juez o Tribunal que conozca de la causa”.

uma medida de exceção, também, ao direito fundamental de notificação da prisão a um familiar ou a pessoa pelo preso indicada<sup>143</sup>.

No mais, houve uma verdadeira expansão do direito penal na Espanha com o Código Penal de 1995, movimento próprio de um direito penal do inimigo, com contornos simbólicos, pela indução e direção das condutas, assim como o aumento do punitivismo<sup>144</sup>.

Como exemplo desse recrudescimento penal, cita-se o crime de tráfico de drogas, o qual teve a pena praticamente duplicada por esse Código de 1995 em relação ao sistema anterior. A venda de cocaína, por ser considerada uma substância que provoca graves males à saúde, passou a se considerar um tipo qualificado, e assim sua pena foi majorada para 3 (três) a 9 (nove) anos de privação de liberdade, frente a 1 (um) a 4 (quatro) anos do Código anterior, o que torna esse crime mais grave que os de homicídio praticado com imprudência grave – pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos – e de aborto doloso sem consentimento da gestante – pena de 4 (quatro) a 8 (oito) anos<sup>145</sup>.

## **V.2. Direito Penal do Inimigo no Sistema Jurídico Brasileiro**

No sistema jurídico brasileiro sempre houve normas que denotaram também aqui a aplicação de um direito penal do inimigo, visto como uma forma mais severa de tratamento penal, ou em prejuízo de garantias penais e processuais.

Obviamente que em cada momento da história brasileira foram eleitos inimigos distintos, que mereciam algum tipo de tratamento penal ou mesmo processual mais severo, sem todas as garantias hoje reconhecidas.

---

<sup>143</sup> À pág. 58, o mesmo autor espanhol diz, ao abordar o “Derecho a la notificación de la detención a um familiar o persona que el detenido designe del hecho de la detención y del lugar de custodia en que se Halle en cada momento. Asimismo, si el detenido ES extranjero también tendrá derecho a que se comuniquen tales circunstancias a la Oficina Consular de su país. Esta garantía adquiere especial relevância al objeto de solicitar, em su caso, la aplicación de la Ley 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de ‘Habeas Corpus’.”

<sup>144</sup> Manuel Cancio Meliá, em artigo denominado “*De nuevo: ? ‘derecho penal’ del enemigo?*”, no livro *Direito Penal em Tempos de Crise*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pág. 24.

<sup>145</sup> *Idem ibidem*, pág. 24.

No Brasil indígena, por exemplo, antes da colonização, o crime mais grave era o homicídio praticado por membro de tribo distinta da que pertencia a vítima, pois caso sempre isto causava uma situação de guerra entre as tribos, tamanha era a ofensa que se entendia haver, vinculando não só o homicida, como também os demais membros da tribo vizinha, à figura do inimigo. Também o crime de adultério da mulher e de homicídio e lesão corporal eram severamente apenados, e com a morte, inclusive permitindo-se uma situação de vingança pessoal da vítima. Os crimes contra o patrimônio não existiam, em razão do modo simples de vida que se levava. Muito rico era aquele que tinha várias penas ou pedras nos lábios. A noção de propriedade era outra<sup>146</sup>.

Na fase do Brasil colônia, tiveram vigência aqui as Ordenações do Reino. As primeiras foram as Afonsinas, depois as Manuelinas, e, por fim, as Filipinas, estas até que entrassem em vigor o Código Criminal do Império, em 1830.

Nessa época, os crimes que tinham um tratamento mais severo eram os ligados à religião católica, até mesmo porque o Estado se confundia com a Igreja, e também os contra a fidelidade devida ao monarca e à autoridade da coroa.

As Ordenações Afonsinas, de 1446, cuja maior relevância foi o fato de ser a precursora da evolução do direito português, previram um elevado número de delitos religiosos, para os quais se impunham penas severas, além do fato de para os crimes de lesa-majestade ter tido um tratamento todo odioso. Também merece destaque o tratamento penal diferenciado dado aos nobres, para os quais as penas eram menores do que as cominadas aos plebeus<sup>147</sup>.

As Ordenações Manuelinas, de 1505, não mudaram nada sobre a tendência da codificação anterior, dando um tratamento penal diferenciado aos crimes religiosos e os de lesa-majestade, com a desigualdade de tratamento à figura do nobre comparando-o com a do plebeu.

---

<sup>146</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, pág. 43.

<sup>147</sup> *Idem ibidem*, pág. 53.

Por fim, vieram as Ordenações Filipinas, de 1603, codificação relevante para o estudo do direito penal no Brasil porque teve vigência por mais de dois séculos, já que foi revogada só em 1830 pelo Código Criminal do Império.

Também essa codificação tratou de forma diferenciada a nobreza e puniu mais severamente os crimes de lesa-majestade e os contra a religião, tornando o crime praticamente uma situação de pecado<sup>148</sup>.

O Código Criminal do Império de 1830, considerado sofisticado para o direito penal da época, pela adoção de alguns dos princípios próprios do Iluminismo, como irretroatividade de lei e direito a isonomia, também continha várias normas de cunho demasiadamente severo em relação a determinado grupo de pessoas, estando aí enquadrada a pessoa do inimigo de então, especialmente porque ainda havia uma preocupação maior com a figura do Estado, tanto que a primeira parte a tratar de crimes em espécie compreendeu os crimes públicos<sup>149</sup>.

Depois, o Código Penal de 1890, até mesmo pelo momento histórico que representava, em razão da ruptura havia do regime monárquico para o republicano que acabava de se realizar havia menos de um ano, deu um tratamento penal todo diferenciado, e mais severo, aos crimes que se referiam ao ataque à política da República, estando aí, nesse indivíduo delituoso, a pessoa do inimigo<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> PIERANGELI, José Henrique, em obra citada, à pág. 59, diz que “tão grande era o rigor das Ordenações, onde a cominação da pena de morte era uma constante, que se conta haver Luís XIV, da França, famoso pelo seus absolutismo, interpelado ironicamente o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havia escapado com vida.” Também se vale a pena destacar trecho deste livro na mesma página 59 em que o autor retrata a crueldade da pena para quem era condenado por ter cometido um crime contra a Coroa, como o foi o do Tiradentes: “Também no Brasil encontramos exemplos da extrema crueldade dessa legislação. Tiradentes, acusado e condenado de crime de lesa-majestade, foi enforcado, esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes colocados à beira das estradas nas cercanias de Vila Rica, com slogans destinados a advertir ao povo sobre a gravidade dos atos de conspiração contra o monarca (na época, D. Maria, a Louca). As inscrições diziam que ninguém poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor. Ainda quanto a Tiradentes, impôs-se a pena de infâmia até à sua quarta geração.”

<sup>149</sup> *Idem ibidem*, pág. 245. A propósito disso, vê-se que o Título I dessa parte que trata dos crimes em espécie trata logo de início dos crimes contra a existência política do imperio, cujo primeiro delito, no artigo 68, prevê o crime de “tentar directamente e por factos destruir a independência ou a integridade do Imperio.”

<sup>150</sup> *Idem ibidem*, pág. 281. O artigo 87, *caput*, desse Código de 1890, a título de exemplo, previa o crime de “tentar, directamente e por factos, sujeitar o território da Republica, ou parte delle, ao domínio estrangeiro; quebrantar ou enfraquecer a sua independência e integridade”, para o qual a pena era de “prisão cellular por cinco a quinze annos”.

A Consolidação das Leis Penais, de 1932, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, adotada pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, não inovou em nada em relação ao sistema do Código de 1890, pois se manteve o mesmo ideal desse Código, de proteção à República<sup>151</sup>.

O Código Penal de 1940, ainda em vigor, embora em verdade sua parte geral tenha sido toda reformulada em 1984, deu um tratamento mais rigoroso à embriaguez, em sua parte geral, considerando imputável criminalmente mesmo quem comete o delito sem ter a devida capacidade de discernimento em razão desse estado, adotando-se, assim, neste ponto, a teoria da *actio libera in causa*, para a qual o agente responde pelo crime por ter voluntariamente causado esse seu estado. Não que essa situação fosse distinta do que havia no passado, mas se viu aí resquício do causalismo, pelo fato de o sujeito responder pelo crime simplesmente por ter lhe dado causa, sem que se preocupasse com sua vontade.

Para esse Código, à frente de sua época, sobretudo considerando o regime político de então, próprio do Estado Novo de Getúlio Vargas, um regime ditatorial, até causou surpresa não haver normas de proteção a esse sistema de governo, não obstante existisse a Lei de Segurança Nacional e o Tribunal próprio para julgar os crimes entendidos contra o Estado, com um tratamento inerente ao direito penal do inimigo, inclusive com presunção de culpa, como já tratado antes neste trabalho.

De 1940 até os dias atuais, várias normas foram criadas para proteger bens jurídicos que passaram a exigir um maior cuidado, ou mesmo uma primeira proteção, em razão da evolução social que se realizou, já que a sociedade deixou de ser predominantemente rural para se tornar uma sociedade urbana, e por isso houve a crescente necessidade de moradia, alimentação, transporte, equilíbrio ambiental, inserção social etc, e se optou, em geral, pela elaboração de leis especiais, ao invés de inseri-las no Código Penal em vigor.

---

<sup>151</sup> *Idem Ibidem*, pág. 341. Inclusive o primeiro dispositivo a tratar de crime em espécie é também o mesmo artigo 87, com preceitos primários e secundário, este relativo à pena, idênticos à codificação de 1890.

Desta forma, e como meio mesmo de controle social, nesse ambiente de sociedade pós-industrial, passou o direito penal a se expandir, para que conseguisse proteger esses novos valores que necessitavam de uma maior proteção, optando-se por criminalizar várias condutas que antes não tinham esse tratamento, bem como majorar as penas ou antecipar a criminalização de certas situações, o que é próprio de um assim denominado sistema de direito penal do inimigo<sup>152</sup>.

Assim, por primeiro pode ser tratado do crime de tráfico de drogas. O Código de 1940, em seu artigo 281, de forma incipiente, como uma questão de saúde pública, regulou referido crime prevendo penas de reclusão de um a cinco anos, e multa de dois a dez contos de réis<sup>153</sup>.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, ao tratarem da legislação brasileira sobre drogas e convenções internacionais, colocam que desde as Ordenações Filipinas, de 1603, pode-se “encontrar a origem da preocupação da legislação brasileira em relação aos tóxicos nas Ordenações Filipinas, que em seu título 89 dispunham: ‘Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso’.”, mas depois referido tema não foi tratado no Código Criminal de 1830 e só foi abordado superficialmente no Código de 1890<sup>154</sup>.

Depois, a Lei nº 5.726/71 alterou o artigo 281 do Código Penal e dispôs também sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, alterando o rito processual para julgamento dos delitos<sup>155</sup>.

Ambas as normas que tratavam do crime e das políticas preventivas e repressivas ao tráfico de drogas foram revogadas pela Lei nº 6.368/76, a qual deu um tratamento bastante rigoroso ao crime de tráfico (art. 12), com penas de 3 a 15

---

<sup>152</sup> A respeito da expansão do direito penal na sociedade atual pós-industrial, quem trata do assunto é SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, in *A expansão do direito penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..

<sup>153</sup> PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, pág. 487.

<sup>154</sup> *Lei de Drogas Anotada Lei n. 11.343/2006*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 1.

<sup>155</sup> GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *op. cit.*, pág. 3.

anos de reclusão, além de pena de multa de 50 a 360 dias-multa, incluindo a situação de associação de duas pessoas, ainda que não habitualmente (art. 14), com penas de reclusão de 3 a 10 anos, além da mesma pena de multa do tráfico.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIII, considerou o crime de tráfico de drogas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, e com a Lei nº 8.072/90, na redação original do artigo 2º, § 1º, havia, ademais, a determinação de que o tráfico, por ser equiparado a crime hediondo, tinha sua pena cumprida em regime integralmente fechado<sup>156</sup>.

A Lei nº 6.368/76 foi alterada, no campo processual, pela Lei nº 10.409/02. Aliás, essa nova lei também regulou a parte de prevenção e repressão ao tráfico. Trataria também da parte penal, se não tivesse sido vetada pelo Presidente da República. Sobre esse ponto, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi dizem que

“a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, pretendeu, enquanto projeto, substituir a Lei n. 6.368/76, integralmente. Dada a péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, o Poder Executivo foi obrigado a vetar todo o Capítulo III, ‘Dos crimes e das penas’. De forma coerente, o Poder Executivo também vetou o art. 59 do projeto, que disporia sobre a revogação da Lei n. 6.368/76”<sup>157</sup>.

Por conta dessa confusão legislativa, depois de projeto que começou a tramitar no Senado Federal sob o nº 7.134/2002, que recebeu como apenso o projeto do Poder Executivo de nº 6.108/2002, promulgou-se a atual Lei de Drogas, de nº 11.343/2006, cujo artigo 33, ao tratar do crime de tráfico de drogas, impõe penas de reclusão de 5 a 15 anos e multa de 500 a 1500 dias-multa. Sobre essa lei, merece especial destaque o seu artigo 36, que pune quem financia ou custeia os crimes de tráfico de drogas com penas de reclusão de 8 a 20 anos e multa de 1.500 a 4.000 dias-multa.

---

<sup>156</sup> A Lei nº 11.464/2007 alterou referido dispositivo para prever que as penas dos crimes hediondos e equiparados seriam cumpridas em regime inicialmente fechado, passando a partir daí, legalmente, a se admitir a progressão de regimes para esses crimes.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, pág. 6.

Com o objetivo de reprimir esse tipo de crime, o legislador nos últimos tempos vem agravando significativamente o tratamento penal para esse delito, com penas altíssimas, até desproporcionais em relação a outros crimes que também são considerados graves pelo sistema, como o é o artigo 121, *caput*, do Código Penal, ao tratar do homicídio simples, cuja pena é de reclusão de 6 a 20 anos, e assim até menor, em se considerando a pena mínima, do que as penas do crime do artigo 36 da Lei nº 11.343/06, e isto sem levar em conta a pena de multa, que sequer é prevista no caso de homicídio.

Ora, e por haver esse tratamento penal mais severo, com penas elevadas, e com uma maior preocupação com o próprio antecedente do crime de tráfico, consistente no financiamento, tem-se aí um caso próprio de direito penal do inimigo no sistema jurídico brasileiro.

Outro campo em que se percebe, na legislação brasileira, um recrudescimento penal nos últimos anos são as organizações criminosas, devido ao aumento da criminalidade e daí surgindo a necessidade de combatê-lo.

O artigo 288 do Código Penal, ao tratar do crime de quadrilha ou bando, exige pelo menos quatro pessoas para sua configuração e que haja permanência nessa associação, sendo a pena de reclusão de 1 a 3 anos e o dobro quando se trata de grupo armado.

Depois, a Lei nº 6.368/76, no artigo 14, ao tratar do crime de associação para o tráfico, exigia só duas pessoas para sua configuração e se configura o crime ainda que a associação não tivesse caráter duradouro, para cujo crime a pena era de reclusão de 3 a 10 anos e multa de 50 a 360 dias-multa.

Ainda em relação à associação para o tráfico, a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 35, trata da mesma forma desse crime, exigindo só duas pessoas e sem que haja habitualidade na associação. Mantém a mesma quantidade de pena privativa de liberdade, porém majora a pena pecuniária de multa para 700 a 1.200 dias multa, bem superior à norma de 1976.

A Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, deu novo tratamento para esse tipo de criminalidade, especialmente na parte da investigação, conforme artigo 2º, para permitir a ação controlada para retardar a interdição policial, para que se realize em momento mais oportuno para a colheita de provas e informações; o acesso a dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais; a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, mediante autorização judicial; assim como a infiltração por agentes policiais ou de inteligência em tarefas de investigação, desde que precedida de autorização judicial, guardada a sigilo enquanto perdurar a infiltração.

Referida norma também agravou os aspectos penais e processuais para esse tipo de atividade criminosa, pois, conforme artigo 7º, não se admite liberdade provisória aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa; segundo artigo 9º o réu não pode apelar em liberdade nos crimes previstos nessa lei; e, nos termos do artigo 10, os condenados a crimes previstos nessa lei iniciarão o cumprimento da pena no regime fechado.

Ademais, a Lei nº 10.792/03, ao regular o sistema do regime disciplinar diferenciado (RDD), alterando o artigo 52 da Lei de Execução Penal, que consiste em forma mais severa de cumprimento de pena, por causa de uma série de restrições que se impõe ao preso, tem todo o seu regramento pautado nessa política de direito penal do inimigo, pois pode abrigar presos que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”<sup>158</sup> e também os presos que sobre os quais “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”<sup>159</sup>.

A Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, também tem todo um tratamento penal excessivo, inerente à política do direito penal do inimigo, dirigido aos crimes na lei considerados hediondos (artigo 1º) ou equiparados (artigo

---

<sup>158</sup> Artigo 52, § 1º, da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03.

<sup>159</sup> Artigo 52, § 2º, da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03.

2º), sendo insuscetíveis, em geral, de anistia, graça e indulto, de fiança, e suas penas são cumpridas inicialmente no regime fechado, não importando ser o condenado primário e nem a quantidade de pena, sendo que a progressão de regimes só pode ocorrer, no caso de réu primário, depois de cumprir 2/5 (dois quintos) da pena, ou 3/5 (três quintos), se for reincidente. Ademais, deve o juiz decidir fundamentadamente se o condenado poderá apelar em liberdade, e a prisão temporária decretada para esses crimes tem o prazo de 30 dias prorrogáveis por igual período, tudo conforme parágrafos do artigo 2º dessa lei.

Em relação aos crimes de perigo abstrato consistentes na posse ou porte de arma de fogo, também mais recentemente houve um substancial agravamento penal desses delitos.

Antes, era a Lei de Contravenções Penais que os regulava, no artigo 19, em relação ao porte de arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade, prevendo como pena a prisão simples de 15 dias a 6 meses ou multa, ou ambas cumulativamente. Veja-se que só se considerava infração o porte de arma de fogo sem autorização, nada havendo que se referisse à figura da posse.

Foi a Lei nº 9.437/97 a primeira lei a regular de forma mais abrangente as figuras típicas de posse, porte e inclusive o comércio, prevendo penas de detenção de 1 a 2 anos e multa, em seu artigo 10, e de reclusão de 2 a 4 anos e multa, nos casos em que a arma era de uso restrito ou proibido.

Referida norma foi revogada pelo denominado Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.826/2003 –, o qual deu tratamento bem mais severo aos crimes de posse e porte de arma de fogo, e ainda maior nos casos de a arma ser de uso restrito ou proibido. O artigo 12 tratou da posse irregular de arma de uso permitido, prevendo pena de detenção de 1 a 3 anos e multa. O artigo 14 do porte de arma de uso permitido, para o qual previu pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa. Já o artigo 16 tratou tanto do crime de posse como de porte, em relação à arma de uso restrito ou proibido, prevendo penas de reclusão de 3 a 6 anos, além da multa. No mais, os artigos 17 e 18 desse Estatuto merecem especial atenção porque

regularam os crimes de comércio ilegal de arma de fogo e de tráfico internacional de arma de fogo, respectivamente, e em ambas as situações com penas de reclusão de 4 a 8 anos e multa, as quais ainda são majoradas pela metade, segundo artigo 19, se o comércio ou o tráfico forem de arma de uso proibido ou restrito.

Obviamente que há várias outras passagens no direito penal pátrio, em razão do seu recrudescimento dos últimos tempos, que chancelam a ideia de aplicação também aqui do sistema do direito penal do inimigo, até mesmo pelas necessidades existentes e da utilização do direito penal não como a *ultima ratio* tanto propalada pelos garantistas, mas sim como instrumento de controle e pacificação social.

Nos dias atuais, e substancialmente a partir da Constituição Federal de 1988, vários direitos foram reconhecidos à coletividade sem que tivessem natureza individual, pertencentes ao patrimônio jurídico isolado do indivíduo, tendo, assim, uma natureza coletiva e difusa, pertencente à sociedade como um todo, e não a uma pessoa isoladamente.

Pertencem a esse rol, por exemplo, conforme artigo 225 da Constituição Federal, o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”<sup>160</sup>.

Também integram esse sistema a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com o “fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”<sup>161</sup>. O sistema financeiro nacional também se enquadra nesse tipo de direito, porque é todo “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”<sup>162</sup>. Em relação à seguridade social, compreendendo saúde, previdência e assistência social, de novo se reconhece esse tipo de direito à

---

<sup>160</sup> Artigo 225, *caput*, da CF/88.

<sup>161</sup> Artigo 170, *caput*, da CF/88.

<sup>162</sup> Artigo 192, *caput*, da CF/88, com a redação dada pela EC 40/2003.

coletividade como um todo<sup>163</sup>. Isso se repete em relação à educação, cultura e desporto<sup>164</sup>.

Da mesma forma tem-se também a segurança pública como um direito de natureza coletiva, pois, por ser “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”<sup>165</sup>.

Esses bens jurídicos, de ordem difusa e coletiva, também necessitam da proteção penal, tamanha é a relevância que detêm no sistema, porque dirigem a sociedade e por isso mesmo precisam se tutelados para que mantenham sua cogência e, daí, sua eficácia.

A respeito da relevância de o direito penal tutelar esses valores constitucionais, vale a pena ver a lição de Francesco C. Palazzo, segundo o qual

“as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição”<sup>166</sup>.

Esses bens jurídicos coletivos, de suma importância à sociedade e até mesmo à sua continuidade, porque dão base às suas estruturas, necessitam de uma proteção mais efetiva do direito penal, e por isso mesmo normas penais foram criadas de 1988 em diante justamente para se dar guarida a esses novos bens jurídicos, como o foi em relação à lei que regula a investigação e repressão às

---

<sup>163</sup> Artigo 194, *caput*, da CF/88.

<sup>164</sup> Artigos 205, 215 e 217, todos no seu *caput*, da CF/88.

<sup>165</sup> Artigo 144, *caput*, da CF/88.

<sup>166</sup> *Valores Constitucionais e Direito Penal*, trad. por Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989, pág. 103.

organizações criminosas<sup>167</sup>, à que trata dos crimes ambientais<sup>168</sup>, à relativa ao crime de lavagem de dinheiro<sup>169</sup>, bem como à lei que regula a atuação da polícia federal em crimes que seriam de competência da justiça dos estados, além de cartel e delitos contra os direitos humanos<sup>170</sup>.

E essa proteção penal que é dada aos direitos difusos e coletivos, muitas vezes de forma mais severa ou antecipando-se a criminalização do fato para antes de se produzir algum resultado naturalístico, faz que haja também aí a incidência do que se denomina direito penal do inimigo.

---

<sup>167</sup> Lei nº 9.034/95.

<sup>168</sup> Lei nº 9.605/98.

<sup>169</sup> Lei nº 9.613/98.

<sup>170</sup> Lei nº 10.446/02.

## **VI - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Pelo que se viu até então, até se poderia concluir que a adoção do princípio da presunção de inocência seja de certa forma incompatível com o que a doutrina denomina como direito penal do inimigo. Isso porque referido princípio, em sua essência, por prever que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não permitiria um tratamento mais severo à pessoa do acusado, próprio do direito penal do inimigo, pois, até aí, referido sujeito deve ser considerado um cidadão detentor de todos os seus direitos, e não um inimigo.

Porém, esse dogma relativo à presunção de inocência não pode ser considerado assim, de forma absoluta, até mesmo porque essa situação acaba por abalar outros direitos também reconhecidos como de relevo ao sistema jurídico pátrio.

Destarte, se de um lado a aplicação do princípio da presunção de inocência leva a uma situação mais garantista, cujo ideal parece ter sido o perseguido pelos Constituintes de 1988, pelo extenso rol de direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, inclusive como cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º, IV, do seu texto, de outro há a necessidade premente por esses mais de vinte anos em razão da evolução da sociedade.

A sociedade anseia por novos direitos e ainda de uma forma mais efetiva, cuja roupagem garantista do sistema penal acaba por servir de empeco a essa evolução e a dar guarida a essas novas prerrogativas, de modo que urge a reflexão sobre os limites do princípio da presunção de inocência frente ao que se pode denominar de direito penal do inimigo.

Como visto no capítulo anterior, há uma exigência da sociedade para que o Estado a proveja de um meio ambiente equilibrado, de uma segurança pública efetiva, de uma ordem econômica justa e de uma seguridade social que lhe dê saúde, previdência e assistência.

E as travas inerentes ao sistema garantista, do qual decorre o princípio da presunção de inocência, não se têm mostrado eficientes para o combate à criminalidade organizada, a qual afeta substancialmente esses valores constitucionais voltados a toda a sociedade.

Outrossim, referidos valores também têm relevância materialmente constitucional, tal qual ocorre com os direitos e garantias individuais. Referidos valores, como o meio ambiente, a segurança pública, a ordem econômica e a seguridade social, têm natureza difusa e coletiva, não podendo, também, ser afrontados por outras normas de cunho constitucional.

Verdade que a presunção de inocência decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é inclusive fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos em que prevê o artigo 1º, III, da Constituição Federal, todavia, referidos valores acima em destaque também são corolários da própria noção de cidadania e da valorização social do trabalho e da livre iniciativa, outros fundamentos previstos neste mesmo artigo 1º, incisos II e IV, respectivamente, e isto sem se olvidar também que dentre os objetivos fundamentais da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, para reduzir as desigualdades sociais e regionais, e, por fim, a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, conforme artigo 3º, I, II, III e IV, da Carta Magna, o que vale dizer que referidos objetivos dão o norte, e servem como fundamento de validade, aos valores difusos e coletivos atualmente perseguidos pela sociedade.

A cidadania plena, reconhecida como fundamento da República brasileira, só será exercida se forem assegurados à pessoa do cidadão todos os direitos garantidos pela Constituição Federal, de modo que se não há meio ambiente equilibrado, seguridade social, ordem econômica justa, e muito menos segurança pública para exercer sua liberdade de cidadão, não se está reconhecendo cidadania a essa pessoa.

Sobre a concepção contemporânea de cidadania, indo ao encontro do que posto acima, vale citar lição de Eloisa de Sousa Arruda, segundo a qual

“... sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos restam reduzidos a meras categorias formais. Por outro lado, sem a realização dos direitos civis e políticos, direitos econômicos e sociais esvaziam-se de verdadeira significação. Em suma, ‘não há mais como cogitar de liberdade divorciada de justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade’”<sup>171</sup>.

Da mesma forma ocorre se não se assegura a livre iniciativa e a valorização do trabalho, outro fundamento da República brasileira. Se há cartel entre empresas, por exemplo, isso abala toda uma cadeia de negócios, afetando outras empresas que não conseguem vencer essa situação, o que afronta o seu direito a uma ordem econômica justa, sem contar os prejuízos aos consumidores de uma forma geral.

Desta forma, para que os objetivos republicanos sejam realizados, faz-se necessário que se dê o instrumento necessário de combate à criminalidade mais organizada, a fim de que não se abalem os fundamentos do Estado brasileiro, haja vista que as organizações criminosas vêm conseguindo se infiltrar nas próprias estruturas do Estado, e caso nada seja feito, essa “guerra” restará perdida para a criminalidade.

Assim, e pelo fato de o direito penal ser envolto em ciclos em que ora há uma tendência mais garantista, de proteção maior à pessoa do acusado, e ora de movimentos mais – diga-se assim – policialescos, em que há limitação ou mesmo exclusão das garantias penais e processuais hoje conhecidas, e em razão do aumento da criminalidade organizada ocorrida nos últimos anos, que acaba gerando uma sensação de impotência e de insegurança, acredita-se que hoje se deve

---

<sup>171</sup> *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*, tese de doutoramento em Direito das Relações Sociais defendida publicamente na PUC-SP em 2008: TD340A779pEx.2, págs. 343-344.

legitimar o que se denomina como direito penal do inimigo, ainda que para algumas situações apenas e desde que consideradas algumas garantias mínimas, como a duração razoável do processo.

E a única forma de se equilibrar essa luta contra o crime é dotar os meios investigativos e processuais de normas próprias do direito penal do inimigo, limitando-se o garantismo penal para esse tipo de situação envolvendo a criminalidade organizada, mitigando-se, assim, a presunção de inocência para que não haja impunidade, e tendo nesse particular a norma penal o efeito simbólico que se espera dela, quanto à prevenção e repressão do crime, para que o criminoso tenha a certeza de sua punição.

## VII - CONCLUSÕES

1. O direito é formado por um sistema unitário e escalonado de normas, o qual resolve em si todos os seus aparentes conflitos, tendo na interpretação o seu mecanismo de evolução. Partindo da Constituição Federal, que é a norma de maior hierarquia, outras normas de hierarquia inferior decorrem de seu texto, tendo nela a norma fundamental, o seu fundamento de validade.

2. Na Constituição Federal há várias normas, algumas explícitas e outras implícitas. Há os princípios, que formam a base do sistema, como normas estruturantes que são, os quais externam valores necessários para a convivência social do Estado de Direito, e por isso mesmo são o fundamento de validade de várias outras normas reflexas do sistema. Existem as regras, que, ao contrário dos princípios, são dotadas de maior singularidade e concretude, pois são previstas para uma determinada situação mais objetiva, porém se conformam com os princípios, harmonizando-se com eles. Há os valores constitucionais, os quais dão as diretrizes dos anseios do povo, transcendendo o ordenamento jurídico formal, e, por serem mutáveis, já que precisam se acomodar às novas realidades, estabelecem as normas mais substanciais, como a vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana etc. Também devem ser referidos os postulados constitucionais, pois, embora não sejam normas explícitas do texto constitucional, o seu determinismo é tirado da evolução social, estando arraigados nesse sistema, como o são a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento, a unidade da Constituição, no sentido de que todas as normas são harmoniosas entre si, não existindo contradições ou antinomias em seu texto, e a maior efetividade possível das normas constitucionais, para que todas as normas produzam efeitos. Semelhantes aos postulados são os enunciados instrumentais, os quais guiam a atuação do intérprete para determinar (i) que a interpretação dos preceitos seja feita conforme o sentido comum das palavras, de modo a assegurar que o mesmo sentido seja dado às mesmas expressões, e, às distintas, um outro; (ii) que seja atribuído um significado com o objetivo de se atingir a finalidade que busca o sistema ao qual pertence a norma; (iii) que seja atribuído um significado conforme a vontade do legislador; (iv) e

que seja atribuído, por fim, um significado conforme o momento histórico em que a norma foi criada.

3. Dentre os princípios penais, consoante classificação de Luiz Luisi, há os princípios da legalidade, da culpabilidade, da intervenção mínima, da humanidade e o da personalidade e da individualização da pena. Dentre os processuais penais, estão o do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

4. O princípio da presunção de inocência, hoje previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é hoje reconhecido também nas normas internacionais. No país, ele decorreu dos institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, mas já houve momentos em que a culpabilidade era presumida, quando o réu devia fazer prova de sua inocência, como o foi por ocasião dos crimes contra a segurança nacional, no Estado Novo de Getúlio Vargas. Hoje referido princípio se trata inclusive de cláusula pétrea do texto constitucional, conforme artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna. A presunção de inocência se traduz em norma de comportamento do Estado frente ao indivíduo, para que não seja antecipada qualquer medida punitiva ou que lhe importe reconhecimento de culpabilidade antes da sentença final condenatória. Embora garantia individual, referido princípio não é considerado em sua forma absoluta, sendo balanceado com outros princípios de igual relevância para o sistema, como os que tratam do direito de propriedade, da segurança pública, da ordem econômica justa, do meio ambiente saudável e da seguridade social para todos.

5. Dentro da relativização do princípio da presunção de inocência, o qual comporta mitigação frente a outras normas constitucionais, e com o objetivo de se combater a criminalidade organizada, entende-se como razoável o reconhecimento em nosso sistema do que se chama atualmente de direito penal do inimigo. Por esse sistema penal, busca-se prevenir que o criminoso em potencial pratique o crime, adiantando-se a política criminal de repressão para os atos preparatórios. Por prever normas mais duras e de certa forma, em algumas passagens, rompendo-se com o sistema tradicional da presunção de inocência,

mitigando-a, como ocorre nas situações de crimes envolvendo, por exemplo, organizações criminosas, tráfico de drogas e armas, há nesse aparente conflito a necessidade de se harmonizarem referidos sistemas, para que um não se sobreponha ao outro. Verdade que a presunção de inocência se trata de garantia individual, porém não tem cabimento mais sua aplicação em grau absoluto, ainda mais nas situações mais graves em que outros direitos difusos e coletivos são colocados em jogo, como o direito à segurança pública, à ordem econômica justa, à seguridade social e ao meio ambiente equilibrado, também reconhecidos como garantias constitucionais, mas de natureza coletiva.

6. Assim, para que os objetivos republicanos sejam alcançados, a única forma de se equilibrar essa luta contra o crime organizado é dotar os meios investigativos e processuais de normas próprias de direito penal do inimigo, limitando-se o garantismo penal para esse tipo de situação envolvendo a criminalidade organizada, mitigando-se, destarte, a presunção de inocência para que não haja impunidade, e tendo nesse particular a norma penal o efeito simbólico que se espera dela, quanto à prevenção e repressão do crime, para que o criminoso tenha a certeza de sua punição.

**VIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARRUDA, Eloisa de Sousa. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*, tese de doutoramento em Direito das Relações Sociais defendida publicamente na PUC-SP em 2008: TD340A779pEx.2.
- BARROSO, Luiz Roberto. Co-Autores: Ana Paula de Barcellos, Jane Reis Gonçalves Pereira, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 3ª ed., 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3ª ed., 2002.
- BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: ed. UnB, 10ª ed., 1999.
- BONESANA, Cesare (Beccaria). *Dos Delitos e das Penas*. trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil : O Conflito entre Punir e Libertar*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: edições Almedina, 7ª ed., 6ª reimpressão, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 2009.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo – Estudos sobre o Direito Penal no Nacional – Socialismo*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena, *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2005.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do Garantismo Penal*. trad. de trecho por Fauzi Hassan Choukr, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2006.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime*. Campinas: Russel Editores, 2003.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, artigo na Revista do Advogado nº 42. São Paulo: AASP, 1994.
- GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada Lei n. 11.343/2006*, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2009.
- JAKOBS, Günther e Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. São Paulo: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1998.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Um Direito Penal do Inimigo : o direito penal soviético em Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MASSON, Cleber Rogério. *O Direito Penal do Inimigo em Processo Penal e Garantias Constitucionais*. Marco Antonio Marques da Silva (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MELIÁ, Manuel Cancio. *De Nuevo: ? “derecho penal” del enemigo?*, no livro *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – Princípios Constitucionais*. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 1999.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*, trad. por Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Fabril editor, 1989.
- PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2004.
- PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 2003.
- PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2004.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 19ª ed., 2003.
- VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência – Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos Humanos – Normativa Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto y. *Derechos del detenido a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, no livro *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2007.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ed. Revan, 3ª ed., 2007.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007.

#### **PESQUISAS EM SITES:**

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(82959.NUME.%20OU%2082959.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(82959.NUME.%20OU%2082959.ACMS.)&base=baseAcordaos)

[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm)

<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>

[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>

[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

<http://www.dhnet.org.br/denunciar/escandalos/riocentro/index.htm>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u492840.shtml>

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/01/materia.2008-10-01.8383554980/view>

<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>

[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).