

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Curso de Pós-Graduação Lato
Senso em Direito Penal/Processual Penal**

ROBERTA MACÊDO

**FUNDAMENTOS DO GRANTISMO PENAL:
NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI**

**BRASÍLIA
2011**

ROBERTA MACÊDO

**FUNDAMENTOS DO GRANTISMO PENAL:
NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal/ Processual Penal, no Curso de Pós Graduação Lato Sensu, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Profa.: Dra. ROBERTA CORDEIRO DE MELO MAGALHAES

**BRASÍLIA
2011**

ROBERTA MACÊDO

**FUNDAMENTOS DO GRANTISMO PENAL:
NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal/ Processual Penal, no Curso de Pós Graduação Lato Sensu, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Profa.: Dra. Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

Aprovado pelos membros da banca examinadora em...../...../2011, com menção.....

Banca Examinadora

.....
Presidente: Prof.

.....
Integrante: Prof.

.....
Integrante:Prof.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1 FASES DO DIREITO PENAL | 9 |
| 1.1 Vingança Privada..... | 9 |
| 1.2 Vingança Divina | 11 |
| 1.3 Vingança Pública..... | 12 |
| 2. DIREITO PENAL NA HISTÓRIA..... | 13 |
| 2.1 Direito Penal dos Hebreus..... | 13 |
| 2.1.2 Direito Penal Romano | 13 |
| 2.1.3 Direito Penal Canônico | 15 |
| 3. PERÍODO HUMANITÁRIO E A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS | 17 |
| 3.1 A Contribuição da Obra de Cesare Beccaria | 18 |
| 3.1.2 Religião - A Laicização do Direito | 21 |
| 4. DIREITOS FUNDAMENTAIS | 25 |
| 5. DOS PRINCÍPIOS..... | 27 |
| 5.1 Definição de Princípios e Regras..... | 27 |
| 5.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana | 29 |
| 5.1.3 Princípio da Legalidade | 31 |
| 5.1.4 Princípio da Presunção de Inocência | 32 |
| 5.1.5 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas ou Ilegítimas e o Princípio Contraditório e da Ampla Defesa | 34 |
| 5.1.6 Princípio do In Dubio Pro Reo | 38 |
| 6. FUNDAMENTOS DO GRANTISMO PENAL NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI..... | 38 |
| CONCLUSÃO..... | 46 |
| BIBLIOGRAFIA | 48 |

RESUMO

A presente pesquisa que por ora se desenvolve visa demonstrar quais são os motivos jurídicos que demandaram a criação dos direitos e garantias fundamentais hoje tão bem definidos no texto da Constituição Federal do Brasil e do mundo. Destaca-se que poder/dever do Estado, de punir e aplicar à pena, por diversas vezes ultrapassa seus limites e nesta hora, os direitos e as garantias fundamentais de proteção à pessoa devem ser invocadas, pois o indivíduo pode, por meio do direito garantido pelos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, e também da vedação de provas ilícitas e ilegítimas exigir a proteção do Estado. Os princípios citados e garantias contidas na Constituição Federal/88 são mecanismos jurídicos de proteção ao cidadão acusado ou indiciado, eles instrumentalizam o processo penal e visam o equilíbrio entre o poder punitivo do Estado e a liberdade e proteção ao acusado ou indiciado. Conforme será melhor explicado no decorrer do trabalho, as garantias constitucionais, no que diz respeito ao processo penal, tem como alicerce, o garantismo penal defendido por Ferrajoli. É com base em tais princípios e nas garantias fundamentais, que o trabalho será desenvolvido, onde ao final, com a exploração do que realmente vem a ser o garantismo penal de Ferrajoli, concluirá a autora que este é justamente a concretização daqueles.

Palavras-chaves: direito penal, direito processual penal, garantismo penal, Luigi ferrajoli, princípios, garantias, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This research develops for now is to demonstrate what are the legal grounds that required the creation of today's fundamental rights and guarantees as well defined in the text of the Constitution of Brazil and the world. It is noteworthy that power / duty of the state to punish and apply the pen several times beyond its limits and this time, the rights and guarantees of protection should be given to the person because the individual can, through the right guaranteed the principles of legal defense, the adversarial, due process, presumption of innocence, and also the sealing of illegal evidence and illegitimate demand state protection. The above principles and guarantees contained in the Constitution Federal/88 are legal mechanisms for protecting the citizen accused or indicted, they instrumentalize criminal proceedings and seek a balance between the punitive power of the state and the freedom and protection to the accused or indicted. As will be further explained in this work, the constitutional guarantees with respect to criminal proceedings is guaranteed as the criminal alicece defended by Ferrajoli. It is based on such principles and fundamental guarantees that the work will be developed, where in the end, the exploitation of that really comes to be the guarantor of criminal Ferrajoli, the author conclude that this is precisely the achievement of those.

Keywords: criminal law, criminal procedure, criminal guaranteed, Luigi Ferrajoli, principles, guarantees, rights, human dignity.

INTRODUÇÃO

O Estado, na consecução de seus fins, possui como objetivo básico a manutenção da paz e da ordem. Assim sendo, a liberdade indiscriminada conseqüentemente gera a desordem e esta tem o condão de levar o Estado ao seu próprio fim. Diante disso, para assegurar a paz e a ordem, comumente, necessita o Estado de utilizar o emprego da força, na busca de conter a violência e assim manter a tranqüilidade social.

A complexidade que permeia os relacionamentos por vezes gera conflitos de interesses. A vida em sociedade requer, para a sua tranqüila sobrevivência, a obediência a determinadas regras que disciplinem as variadas formas de relacionamentos existentes entre as pessoas. Foi nesse contexto que os filósofos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau, afirmaram que o Estado surgiu a partir de um contrato social que tinha como função precípua a manutenção da ordem e a segurança das pessoas. Foi por meio do contrato social que o Estado passou a deter o monopólio da força para estabelecer regras de convivência e garantir a paz social. Ao Estado é dada a exclusividade do uso da força para garantir a segurança de todos. Assim, diante do fato de que as regras nem sempre são obedecidas de forma livre e espontânea, torna-se necessária a atuação do Estado, que fazendo uso do poder coercitivo, puni aqueles que não cumprem as ordens por ele emanadas.

Nesse diapasão, o Estado, detentor do poder-dever de garantir a segurança na Sociedade, utiliza-se de toda a faculdade que lhe foi conferida, para manter-se forte, pois um estado fraco, que não consegue manter a paz social, está fadado ao fracasso, com conseqüências funestas para toda a sociedade.

Portanto, é pela força que o Estado garante o cumprimento das regras por ele estabelecidas. Quando alguém fere a paz social, torna-se necessário sua condução perante os representantes do Estado, a fim de compor o litígio originado. No entanto, essa condução nem sempre é pacífica, pois o conduzido pode tentar a fuga ou mesmo o revidar-se, pondo em risco a sociedade, o agente condutor ou mesmo o próprio conduzido.

É analisando as atribuições do Estado e os direitos dos cidadãos, direitos estes garantidos constitucionalmente, que a presente pesquisa irá se desenvolver. Assim, com amparo na doutrina e na jurisprudência brasileiras, será avaliada a legitimidade da atuação do Estado diante da relevância dos direitos fundamentais.

Para atingir o objetivo do trabalho, será feito, primeiramente, um estudo sobre os princípios pertinentes ao caso; posteriormente será analisada a evolução dos direitos dos cidadãos na seara criminal, onde serão explorados os sistemas do direito penal, os limites do *ius puniendi*, para finalmente tecer as colocações sobre o tema proposto, qual seja, O Garantismo Penal: O Direito de Liberdade do Indivíduo e o Poder Punitivo do Estado.

1 FASES DO DIREITO PENAL

O direito, devido sua função ser justamente, tutelar as diversas formas de relações sociais, necessita sofrer modificações constantes. E por ser as relações entre os indivíduos, demasiadamente complexas e variarem constantemente, o direito necessita acompanhar as modificações, sob pena de não mais servir ao fim para o qual foi criado.

A história do Direito Penal, não na forma institucionalizada que se conhece na atualidade, mas nos tempos primitivos, ficou conhecido como Período da Vingança, assim prevalecendo até o século XVIII.

Para compreender tal fase é necessário fazer uma retrospectiva histórica, pois não existia um aparelhamento estatal dotado de princípios. Imperava naquela época o pensamento religioso, onde, para cada fenômeno, os grupos sociais tinham explicações ligadas a revolta dos deuses. Assim, fenômenos naturais como a seca, doenças como a peste, as erupções dos vulcões e todos os acontecimentos catastróficos eram considerados castigos divinos, que por contrariarem os deuses, estes exigiam reparação.

Júlio Fabrine Mirabete (2005, p. 35/39), ao discorrer sobre as fases do Direito Penal, nos tempos primitivos, fez uma divisão da seguinte forma: 1ª fase da vingança privada, 2ª fase da vingança divina, 3ª fase da vingança pública, discorrendo também sobre o Direito Penal dos Hebreus, Direito Penal Romano, Direito Penal Germânico, Direito Penal Canônico, até chegar ao Período Humanitário.

1.1 Vingança Privada

Na fase da **vingança privada** os crimes eram reprimidos pela vítima, quando possível e pelos próprios parentes desta, ou seja, cometido um crime, ocorria à reação da vítima, caso esta tivesse condição de vingar-se, reagia também os parentes, chegando a reação a ser promovida, inclusive por todos da tribo a qual a vítima pertencia. A vingança não acontecia sob a análise da proporção em relação à ofensa; assim, o grupo social da vítima ofendida buscava atingir todos os componentes do grupo ofensor. Se o agressor pertencia à mesma tribo poderia sofrer a pena de exclusão do seu grupo social,

o que lhe causava grande sofrimento e por vezes a morte, pois nenhuma outra tribo o aceitava.

Assim, segundo Mirabete (2005, p. 35/36):

Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a "expulsão da paz" (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da "vingança de sangue", considerada como obrigação religiosa e sagrada, "verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos".

No Código Penal vigente, existe a figura da legítima defesa, contida no artigo 25 do Código Penal Brasileiro. Tal norma permite que o ofendido revide a ofensa, desde que sua ação seja moderada. Veja o que diz o citado artigo, verbis:

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Conforme dito anteriormente não existia, no momento de revidar, proporção entre a agressão sofrida e a extensão da agressão vingativa. Acontecia, literalmente, uma retaliação pelo dano sofrido. Era a forma utilizada pelos povos primitivos de fazer valer seu direito, punido o agressor e até seu grupo social, o que demonstra a transcendência da pena, onde a vingança aplicada ultrapassava a pessoa do ofensor, hoje vedada pelo direito. Observa então, que nos tempos primitivos a vingança privada era uma reação natural e espontânea, por isso deve ser valorado o momento histórico, onde todos os indivíduos aceitavam tal comportamento por ser ele uma realidade sociológica.

Na época da vingança privada Duas grandes regulamentações, com o evolover dos tempos, encontrou a vingança privada: o talião e a composição.

Limitou-se a atuação da vingança privada, por meio da lei do talião e da composição. Segunda a lei do talião o ofendido deveria aplicar ao ofensor a mesma ofensa, como a seguir se expõe:

"Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto".

"Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele".

Também encontrado na Bíblia Sagrada:

"Levítico 24, 17 – Todo aquele que feriu mortalmente um homem será morto"¹.

¹ Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/932/evolucao-historica-do-direito-penal> > acessado em 13 de jun. 2011.

A lei de Talião ou o Código de Hamurabi era traduzido como código de justiça. Usava-se, na sua aplicação a expressão “olho por olho, dente por dente”, o que, de certa forma passava para a pessoa que pretendia praticar um crime qual seria a sua pena. Era também definido como espécie de “castigo-espelho”, onde as penas passaram a ser analisadas para serem punidas de acordo com a gravidade do crime; uma forma de evitar as demasiadas punições, passando estas a serem aplicadas no tamanho exato da ofensa.

Constata-se que foi no código escrito por Hamurabi que surgiu o princípio da reciprocidade, hoje bastante utilizado no Direito Internacional. Assim, o código de Hamurabi passou a ser visto como um instrumento moderador da pena, sendo considerado, inclusive, um grande avanço na história do Direito Penal, passando a fazer parte da evolução no que diz respeito aos limites do direito de punir, que acabou por culminar na humanização das penas.

A história do Direito Penal é marcada por mudanças. Existia primeiramente a fase da vingança privada, onde a ofensa era retribuída com extremo excesso, sem guardar qualquer proporção com a ofensa praticada. Posteriormente, como meio de limitar os excessos, surge à lei de Talião, onde a ofensa seria punida da mesma forma como fora praticada. Para avançar mais ainda, surge posteriormente, o instituto da composição, onde o ofensor passou a ter a possibilidade de comprar sua liberdade, desde que o ofendido consentisse em perdoar a ofensa após o pagamento de um valor definido pelas partes e livremente ajustado, o que deu origem ao pagamento das indenizações cíveis e das multas penais hoje conhecidas.

1.2 Vingança Divina

Na segunda fase, a da **Vingança Divina**, a punição dos crimes era necessária para satisfazer os deuses. É o que se depreende com a lição trazida por Mirabete (2005, p. 36), conforme exposta a seguir:

A fase da vingança divina deve-se à influência decisiva da religião na vida dos povos antigos. O Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, no Egito

(Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (Pentateuco).

Nota-se que a punição aplicada tinha como fundamento acalmar a raiva da divindade que teria sido ofendida. Assim a punição servia tanto para acalmar os deuses como também para castigar ao delinqüente. A visão do crime nessa época era a mesma de um pecado. Assim, ao cometer um crime/pecado, a ação do delinqüente atingia os deuses, cuja pena era um castigo divino.

Eram aplicadas penas extremamente cruéis. A execução da pena, que tinha cunho religioso, ficava nas mãos dos sacerdotes, sendo que, por muitas vezes, a religião acabava por confundir-se com o próprio Direito.

1.3 Vingança Pública

Na terceira e última fase do Direito Penal dos tempos primitivos, a da **Vingança Pública**, ocorrem mudanças circunstanciais. Surge, por meio do desenvolvimento político, a organização social, onde a figura do chefe ou da assembléia toma o lugar dos deuses ou dos sacerdotes.

O objetivo da pena passa ser a de punir o infrator pelo crime cometido, mas desvinculada da religião, perdendo seu caráter sacro.

Infelizmente não foram grandes as mudanças no diz respeito às penas aplicadas. Como o direito de aplicar as penas passou a ser conferido ao Príncipe, e sendo a autoridade deste exercida em nome de Deus, inúmeras foram as arbitrariedades cometidas. Assim, era comum os indivíduos serem condenados a penas cruéis como, por exemplo, ser sepultado vivo, ser esquartejado, a morrer queimado na fogueira.

Não havia controle sobre os processos, pois estes eram sigilosos, e o réu não tinha como saber o porquê que estava sendo incriminado. Não cabia ao réu ser defendido, pois se entendia que sendo inocente, o acusado não precisava de defesa, se fosse culpado, a ela não teria direito. O regime político da época era o absolutista, onde o monarca tinha total poder sobre as coisas e sobre as pessoas. Foi a época, em que Luiz XV chegou a dizer: “O Estado sou eu”, o que revela o caráter absolutista e a visão que tinha do seu poder.

O benefício, se é que pode ser assim considerado, que tal fase do Direito Penal trouxe, foi que, embora os indivíduos vivessem sem segurança jurídica, pois não sabiam se seriam ou não arroladas em um processo, a pena deixou de ser aplicada por qualquer pessoa, pois somente poderia ser aplicada pelo Estado.

Como o Direito não é estanque, a evolução aconteceu e acontece dia-a-dia. Assim as fases citadas, fazem parte de mais um período do Direito Penal que evoluiu e gradativamente cedeu lugar ao Período Humanitário, cujo objetivo alicerçava-se na repressão dos poderes absolutistas.

2. DIREITO PENAL NA HISTÓRIA

2.1 Direito Penal dos Hebreus

O Direito Penal, desde os seus primeiros passos, caminha na busca de equilibrar a pena, com a intensidade do crime cometido pelo delinqüente. Nesse contexto, deve ser citada a influência da evolução do Direito Penal dos hebreus, que, com a criação do Talmud, compilação das leis e tradições judaicas, datado de 499 Dc, surgiram as figuras da legítima defesa, do erro, da reincidência entre outras.

Zaffaroni (2004, p. 178), ao discorrer sobre o direito penal das culturas distantes trouxe as seguintes colocações sobre o Direito Penal dos Hebreus:

O direito penal hebreu também teve como característica mais marcante o talião. Segundo alguns juristas e teólogos medievais e posteriores, o talião possuía um sentido puramente metafórico, indicando a proporcionalidade da pena, enquanto para outros, o “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue, tinha sentido literal e assim foi aplicado entre os hebreus.

(...)

2.1.2 Direito Penal Romano

Em Roma, onde o direito também teve sua base pautada na religião, em 461 a.C, foi criada a lei das XII tábuas, resultado da luta por igualdade, travada pelos plebeus, que buscavam com a edição da citada lei, a diminuição do arbítrio dos magistrados, pois estes aplicavam as sanções de forma desigual para patrício e para plebeus. Assim, com a aplicação da lei escrita, os julgamentos passariam a ser iguais para todos.

Segundo Venosa (2004, p. 61):

Foi por iniciativa da plebe, no primeiro século da república, que se deu a codificação do direito até então costumeiro, fato importantíssimo para a história do Direito Romano.

A Lei das XII Tábuas é um monumento fundamental para o Direito que revela claramente uma legislação rude e bárbara, fortemente inspirada em legislações primitivas e talvez muito pouco diferente do direito vigente nos séculos anteriores. Essa lei surgiu do conflito entre a plebe e o patriciado.

A contribuição do Direito Romano, para o direito penal, é inquestionável. A lei das XII tábuas, que foi a primeira codificação do direito penal, foi criada em uma época primitiva serviu de embrião para a lei civil e penal hoje aplicada em no mundo. É o que se comprova com a leitura da tábua segunda, onde constam as punições para os crimes:

Tábua Segunda

Dos Julgamentos e dos Furtos

1. ...
2. Aquele que não tiver testemunhas irá, por três dias de feira, para a porta da casa da parte contrária, anunciar a sua causa em altas vozes injuriosas, para que ela se defenda;
3. Se alguém comete furto à noite e é morto em flagrante, o que matou não será punido;
4. Se o furto ocorre durante o dia e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia;
5. Se ainda não atingiu a puberdade, que seja fustigado com varas a critério do pretor, e que indenize o dano;
6. Se o ladrão durante o dia defende-se com arma, que a vítima peça socorro em altas vozes e se, depois disso, mata o ladrão, que fique impune;
7. Se, pela procura cum lance licioque, a coisa furtada é encontrada na casa de alguém, que seja punido como se fora furto manifesto;
8. Se alguém intenta ação por furto não manifesto, que o ladrão seja condenado no dobro;
9. Se alguém, sem razão, cortou árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de 25 asses por árvore cortada;
10. Se transigiu com um furto, que a ação seja considerada extinta;
11. A coisa furtada nunca poderá ser adquirida por usucapião.

Está contido na citada lei, as figuras da citação por hora certa, da legítima defesa, da diferenciação da pena aplicada ao menor, da receptação, da composição entre outras. Dessa forma, apesar de primitivo, constata-se que em diversas passagens a lei ainda perdura e está presente nas legislações vigentes.

2.1.3 Direito Penal Canônico

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao período de vigência do Direito Penal Canônico, época em que os reis recebiam o seu poder da igreja. O Cristianismo, em seu início, atuava com muita simplicidade, mas, com o passar dos tempos, passou a criar suas próprias regras, passando a constituir um direito particular, consolidando o direito canônico, que, na Idade Média, era o único direito escrito, onde sua finalidade era solidificar o fato de que a Igreja necessitava de normas, para que assim se tornasse clara sua estrutura hierárquica e orgânica, pautada numa justiça movida pela caridade, onde os fiéis se auto-ajudam.

Mirabete (2005, p. 37/38), tratou o tema da seguinte forma:

Entre a época dos direitos romano e germânico e a do direito moderno, estendeu-se o Direito Canônico ou o Direito Penal da Igreja, com a influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Assimilando o Direito Romano e adaptando este às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal, embora politicamente sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação.

Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciários. Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era infensa à pena de morte, entregando-se o condenado ao poder civil para a execução.

A igreja, como não poderia ser diferente, zelava pelo cumprimento das regras por ela estabelecidas. Os bispos eram responsáveis pela solução dos conflitos internos e externos da comunidade eclesiástica, e com base no procedimento acusatório, as autoridades eclesiásticas investigava, de ofício, os fatos que entendiam estarem contrariando as normas da igreja. A este período, onde as autoridades do clero promoviam as investigações e aplicavam os castigos deu-se o nome Período da Inquisição. Sua finalidade era impedir e combater todas as formas de afronta aos dogmas do Cristianismo.

No que diz respeito à contribuição do Direito Canônico para a humanização das penas, João Pedro Carvalho Portinho, em artigo de sua autoria e postado no sitio História e História, citando Luiz Regis Prado, assim se posicionou:

Dentre inúmeras características do Direito Penal canônico, podemos dizer que esse contribuiu para a humanização das penas e para fortalecer o caráter público do Direito Penal, afirmou o princípio da igualdade entre todos os homens perante Deus, acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo, a culpa, todavia não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa, valorizou e mitigou a pena pública e inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular. Nesse sentido, merecem destaque duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo².

A bem da verdade, as penas aplicadas à época, na vigência do Código de Direito Canônico, não tinham cunho humanitário, ao contrário, eram cruéis e desumanas. No entanto, como as mudanças acontecem de forma gradativa, as legislações seguintes passaram a adotar, por exemplo, o princípio da igualdade, não perante Deus, mas perante a lei, passou a distinguir dolo e culpa, entre outras contribuições, que, até os dias atuais, fazem parte das legislações do mundo.

² Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>. Acessado em 18 de julho 2011.

3. PERÍODO HUMANITÁRIO E A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

A repressão criminal, organizada de forma sistêmica, com o mínimo de respeito aos direitos dos acusados, teve início no período humanitário, no século XVIII. A punição do delito ainda carregava uma carga enorme da idéia de retribuição, mas as penas estavam se tornando mais humanas, isto é, menos perversas.

Era a influência dos pensadores como Cesare Beccaria, onde o ideal buscado passou a ser a defesa dos direitos fundamentais dos acusados, substituindo a austeridade das penas, numa época em que a tortura era largamente utilizada como meio de obter a confissão do réu, que conseqüente era punido.

O ser humano é dotado de vários instintos, entre eles, o da conservação de sua espécie. Assim, ao ser ofendido ou ameaçado, imediatamente surge um impulso de defesa, para si ou para os seus, como forma de reação. No entanto, esta reação pode vir inquinada de ressentimentos, devendo ser valorada ainda, o caráter, o humor e o auto-controle do ofendido. Tal comportamento humano muitas vezes é desproporcional em relação à ação, o que faz com que surjam conflitos muitas vezes de difícil solução.

Conforme dito anteriormente, a necessidade de cumprir regras e de aplicar penas aos transgressores tem sua origem na própria existência humana, uma vez que as relações sociais são complexas, e conseqüentemente geram confusões.

Mirabete, (2005, p. 244), ao discorrer sobre a origem da pena, posicionou-se da seguinte forma:

(...) a repressão penal, por vários séculos, foi exercida primordialmente por meio da pena capital, que era, no mais das vezes, executada de forma cruel. E as penas que preservavam o apenado vivo eram demasiadamente cruéis e infamantes.

Lopes (1988, p. 402-411), ao escrever sobre as alternativas para o Direito Penal e o princípio da intervenção mínima, disse:

(...) foi somente no Iluminismo, período em que o Direito Penal se corporificou como ciência autônoma, que começaram a surgir preocupações efetivas sobre a função das punições, bem como sobre a legitimidade das penas.

Para o citado autor, com o movimento conhecido como iluminismo, passaram a ser discutidos assuntos como a função da punição e as formas adequadas de punir. O núcleo dessas preocupações era o estabelecimento de um novo racionalismo acerca da Justiça, fundado num modelo jusnaturalista de Estado e de Direito, no âmbito do qual se estabeleceu o princípio da legalidade como garantia e, na mesma esteira, a discussão acerca da função das sanções penais.

3.1 A Contribuição da Obra de Cesare Beccaria

Indiscutível é a contribuição de César Bonesana, o Marquês de Beccaria, para a criação de um novo modelo de leis na esfera criminal. Beccaria escreveu, no ano de 1.764, o livro chamado *Dos Delitos e das Penas* (2000, P. 14/19), onde, expressando toda sua repulsa quanto às leis penais existentes e quanto ao meio de executá-las faz críticas à lei penal, apontando os exageros e incongruências das penas, explica a necessidade de separar a justiça divina da justiça humana, e pugna pelo fim da tortura e pela abolição da pena de morte.

Beccaria utiliza como fundamento de suas críticas, a origem do direito do Estado de aplicar penas e de punir os indivíduos. Explica o autor que os homens viviam em completa liberdade e que, devido a necessidade de proteger-se, aceitaram aderir ao contrato social, teoria inspirada pelo filósofo francês Jean Jackes Rosseau:

Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser.

Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.

Essa soma de forças só pode nascer do concurso de diversos; contudo, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará ele, sem se prejudicar, sem negligenciar os cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto, pode ser enunciada nos seguintes termos.

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual,

cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.” Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social.

(...)

É a família, portanto, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo a imagem dos filhos, e havendo nascido todos livres e iguais, não alienam a liberdade a não ser em troca da sua utilidade. Toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos o compensa dos cuidados que estes lhe dão, ao passo que, no Estado, o prazer de comandar substitui o amor que o chefe não sente por seus povos.

Para o citado filósofo os homens nascem livres e vivem sob o comando pai apenas pelo tempo suficiente para tornarem-se capazes de gerir suas próprias vidas, e se ao tornarem-se adultos continuam a residir com os pais, é por pura convenção, pois possuem a liberdade de seguir seus próprios caminhos. O mesmo aconteceu com a adesão ao contrato social feito entre o homem e o Estado. O homem aceitou ceder apenas parte de sua liberdade em troca da proteção que o Príncipe poderia oferecer, não aceitando no entanto, tornar-se um ser sem direitos, pois ao aderir ao contrato reservou para si parcela do direito que possuía.

Então, Beccaria exprime sua revolta contra a tirania do Estado, invocando o pensamento filosófico de Rousseau, destacando que o Estado, ao impor uma pena ao indivíduo infrator da lei, esta deve guardar proporcionalidade com a conduta praticada e respeitar a parcela mínima de liberdade cedida, pelo indivíduo, ao Estado, que deve respeitar os direitos que o indivíduo ainda faz jus.

Nesse contexto, defendia fim da pena de morte, e lançava idéias que serviram de embrião para os mais consagrados dos princípios do Direito Penal da atualidade, o da legalidade e o da presunção da inocência. Entre as idéias de Beccaria estava a de que a finalidade da pena, deveria ser a de amedrontar o transgressor da lei, servindo até mesmo de exemplo para toda a sociedade e também a de recuperá-lo, levando em consideração, que, com o fim da pena de morte, o indivíduo deveria cumprir sua pena e retornar o convívio em meio à sociedade.

O pensamento de Beccaria, após o decurso de séculos é por demais atual, pois revela a sistemática da humanização da pena, defendida mundialmente.

Conforme já foi debatido, nos tempos antigos não existia uma classificação das penas, prevalecendo, como já fora dito, a pena de morte; ainda não se tinha conhecimento sobre a pena privativa de liberdade. Quando

criminosos eram colocados nas masmorras era apenas por curto período, aguardando tão somente o momento de serem executados.

Foi assim que o direito de punir e as penas prevaleceram durante séculos, conforme se pode comprovar com a leitura dos textos do Código de Hamurabi, Deuterenômio, Lei de Manu e Lei das XII Tábuas, e também no Direito romano.

Na Idade Média, época em que o direito penal estava profundamente ligado à religião, seguiu-se a mesma linha de raciocínio, acrescido de um agravante, os tribunais da Inquisição.

No Brasil, obedeciam-se as Ordenações Filipinas, época em que a pena de morte tem seu ápice de vulgarização.

Mas, como o direito segue a evolução das relações humanas, a legislação penal evoluiu com o passar dos séculos. Hoje, na sistemática adotada mundialmente o ser humano tem espaço privilegiado frente às legislações, o que impõe ao mundo, uma visão humanista do direito de punir, levando em consideração que o Estado necessita dar ao criminoso, durante o cumprimento da pena, meios possíveis de transformar sua personalidade desajustada, uma vez que tal indivíduo voltará a viver em sociedade, sendo o fundamento da pena a ressocialização e reeducação do condenado.

Diante da nova Ordem Constitucional vigente, não é mais dado ao Estado o direito de punir sem a observância de condições que assegurem a dignidade do criminoso. Esta é a nova política criminal adotada no Brasil, e direito defendido mundialmente.

Apesar das inúmeras modificações inseridas, ao longo dos séculos, na Lei Penal, as críticas quanto ao fracasso dos sistemas prisionais são unânimes, uma vez que o objetivo da pena é ressocializar e reeducar, no entanto tal objetivo está longe de ser alcançado. A superlotação dos presídios, matéria comum em reportagens televisivas, demonstram que os princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias na esfera criminal não estão sendo corretamente aplicados, desrespeitando assim à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do indivíduo.

3.1.2 Religião - A Laicização do Direito

A forma mais eficaz para conhecer a trajetória dos direitos e garantias defendidos na atualidade, é fazendo uma retrospectiva, buscando sua origem, numa análise histórica.

No decorrer da história, a necessidade de manter a ordem ou a necessidade de realizar conquistas sempre legitimou o uso do poder do homem sobre o homem, tanto é que, por meio das guerras, os povos perdedores das batalhas aceitavam tornar-se escravos dos vencedores, pois tal prática havia se tornado legítima naquela época, onde os ganhadores podiam se apossar tanto dos bens quanto das próprias pessoas integrantes do grupo perdedor.

Fustel de Coulanges, em seu livro, *A Cidade Antiga*, fala sobre a origem do direito de propriedade, e mostra que tal direito tem suas raízes profundamente interligadas à religião. O citado autor fala sobre a raiz da propriedade privada, e explica como as famílias se comportavam em relação à terra que ocupavam. Diz o citado autor:

Coulanges (2004, p. 66) “Há três coisas que desde os tempos mais antigos se encontraram conexas e firmemente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade”.

Ainda segundo explica Fustel de Coulanges, o culto aos mortos era obrigatório entre as famílias antigas. Os mortos eram, normalmente, enterrados próximo a casa, para assim, permanecer no seio da família, protegendo-a dos males. Mas, em caso de abandono, os mortos poderiam se revoltar e, ao invés de proteger, deixava que todos os males recaíssem sobre a família. Essa era a crença dos antigos, os mortos não podiam ser abandonados, assim a família tinha a obrigação de permanecer no local onde os enterrava, surgindo daí o direito sobre a propriedade.

No que diz respeito ao Direito Penal, o direito de punir surge ligado à religião. Na Bíblia encontra-se registrado o primeiro homicídio do gênero humano, cometido contra Abel, por seu irmão Caim. O julgamento de tal crime e sua execução ficou sob o encargo da vontade de Deus, onde Caim foi banido

do convívio de sua família, a única que existia naquela época. Caim sofreu a pena de banimento, seu castigo foi suportar o sofrimento por viver sem contato com seus semelhantes.

Na história é possível encontrar diversos tipos de penas. existiam códigos onde solução do crimes se dava por meio das retaliações, onde o transgressor sofria a mesma dor que fora aplicada à sua vítima. Vigorava a Lei de Talião, traduzida pelo jargão: “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”. Posteriormente a pena de morte passou a ser aplicada a praticamente todos os tipos de delitos. Tempos mais tarde a pena passou a ser por meio de castigos corporais, da perda da cidadania de confisco do patrimônio do criminoso, podendo ainda ser colocado sob a condição de escravo definitiva ou temporariamente, abandonado em ilhas desabitadas, em alto-mar, em pequenas embarcações, e ainda sem água e alimentos.

Não existiam limites para a punição, as penas eram aplicadas com o propósito de fazer com que o condenado sofresse, sem piedade, de forma cruel, em local público, como forma de mostrar o que acontecia com quem transgredisse a lei. Assim, os condenados eram esquartejados, enforcados e queimados.

Michael Foucault, no livro Vigiar e Punir retratou muito claramente essa maneira desumana de punição, conforme se destaca nos trechos colacionados a seguir:

Damiens fora condenado, a 2 de marco de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que ai será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mao direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

(...)

O senhor Le Breton, escrivão, aproximou-se diversas vezes do paciente para lhe perguntar se tinha algo a dizer. Disse que não; nem é preciso dizer que ele gritava, com cada tortura, da forma como costumamos ver representados os condenados: "Perdão, meu Deus! Perdão, Senhor". Apesar de todos esses sofrimentos referidos acima,

ele levantava de vez em quando a cabeça e se olhava com destemor. As cordas tão apertadas pelos homens que puxavam as extremidades faziam-no sofrer dores inexprimíveis. O senhor Le Breton aproximou-se outra vez dele e perguntou-lhe se não queria dizer nada; disse que não. Achearam-se vários confessores e lhe falaram demoradamente; beijava conformado o crucifixo que lhe apresentavam; estendia os lábios e dizia sempre: "Perdão, Senhor".

Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito a cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e se olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados as coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum.

(...)

Apresentamos exemplo de suplício e de utilização do tempo. Eles não sancionam os mesmos crimes, não punem o mesmo gênero de delinqüentes. Mas definem bem, cada um deles, um certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos. E a época em que foi redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo.

Época de grandes "escândalos" para a justiça tradicional, época dos inúmeros projetos de reformas; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes; projeto ou redação de códigos "modernos": Rússia, 1769; Prússia, 1780; Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, Ano IV, 1808 e 1810. Para a justiça penal, uma era nova.

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como "humanização" que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual e sua importância, comparando-o as grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecera tudo isso acaso um tratamento a parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

O desaparecimento dos suplícios é pois o espetáculo que se elimina; mas é também o domínio sobre o corpo que se extingue. Em 1787, dizia Rush:

Só posso esperar que não esteja longe o tempo em que as forcas, o pelourinho, o patíbulo, o chicote, a roda, serão considerados, na história dos suplícios, como as marcas da barbárie dos séculos e dos

países e como as provas da fraca influencia da razão e da religião sobre o espírito humano.

Efetivamente, Van Meenen ao abrir, sessenta anos mais tarde, o segundo congresso penitenciário, em Bruxelas, lembrava o tempo de sua infância como uma época passada:

Vi o solo semeado de rodas, de forcas, de patíbulos, de pelourinhos; vi esqueletos horrendamente estendidos sobre rodas.

Conforme dito anteriormente, o crime surge juntamente com o homem, no entanto, o Direito Penal, existente nos tempos primitivos não obedecia a um sistema, não obedecia a regras, enfim, não havia limites na aplicação da pena, segundo restou demonstrado.

As regras de Direito Penal, começam a mudar no final do século XVIII, com o movimento que ficou conhecido como Iluminismo. Surge a conscientização do homem moderno; a lei passa a desvincular-se da religião, numa visão crítica do grande problema que era a aplicação da Lei Penal. Era necessário separar o direito da religião, isto é, era necessário promover a laicização do direito.

Nesse contexto, a partir do século XVIII, com o racionalismo do movimento iluminista, o direito distancia-se da religião, surge o positivismo jurídico, a Lei passa a ser produzida unicamente pelo Estado. Este deve ser considerado a origem do que hoje é chamado de garantismo penal, o início da humanização das penas.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao Estado cabe o dever de zelar pela ordem e pela paz da coletividade. No entanto, o exercício do direito punitivo do Estado, para ser corretamente aplicado deve ter o cuidado de observar determinados princípios, consagrados constitucionalmente, pois, se assim não proceder, estará agindo em nítida inconstitucionalidade, uma vez que a Lei Maior prestigia diversos princípios, explícita ou implicitamente, que têm a função guiar o legislador e o aplicador do Direito para que estes busquem concretizar um sistema de controle penal pautado no respeito aos direitos humanos, um Direito Penal moderado, mínimo, garantista, que atue em perfeita adequação e respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, prestigiou, em seu Título II, os chamados Direitos e Garantias Fundamentais. Tal classe de direitos encontra-se subdividida em cinco capítulos, a saber:

1º- Direitos individuais e coletivos: são direitos vinculados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Encontram-se inseridos entre os diversos incisos do artigo 5º;

2º- Direitos sociais: traça as diretrizes do Estado Social de Direito, que em suma deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Garante direitos referentes à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, ao lazer, à segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, materializando assim, a igualdade social. Podem ser encontrados a partir do artigo 6º;

3º- Direitos de nacionalidade: importa esclarecer que a nacionalidade, constitui o vínculo jurídico e político que liga um indivíduo a um determinado Estado. Tal vínculo faz com que o indivíduo se torne um membro do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado o sujeita ao cumprimento de deveres, que são impostos a todos os componentes do Estado;

4º- Direitos políticos: tais direitos conferem ao indivíduo, o poder de exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do

Estado, podendo, inclusive, eleger e ser eleito em eleições que visam escolher os representantes do povo. Podem ser encontrados no artigo 14;

5º- São direitos voltados a disciplinar à existência, à organização e a participação em partidos políticos, uma vez que garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos, por entender que são instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Os direitos em comento estão elencados no artigo 17.

As principais características dos direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 57/58) são:

- a- Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais;
- b- Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;
- c- Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma;
- d- Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;
- e- Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;
- f- Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;
- g- Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos;
- h- Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos;
- i- Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

Os Direitos Fundamentais são uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade, é o resultado das garantias constitucionais que amparam os indivíduos de uma forma geral, pois não se resumem à esfera penal. O movimento teve início no século XVIII e encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade, são, desde a Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948, reconhecidos internacionalmente.

A contribuição do reconhecimento dos Direitos Fundamentais muito contribuiu para o avanço da sociedade, pois são direitos naturais, inerentes à pessoa humana, que pré-existem até mesmo ao ordenamento jurídico. São

irrenunciáveis, indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência pautada na liberdade, na igualdade e na dignidade.

5. DOS PRINCÍPIOS

5.1 Definição de Princípios e Regras

Atualmente todos os ramos do direito devem guardar total respeito com o Direito Constitucional, uma vez que este é a base do ordenamento jurídico. Assim sendo, qualquer que seja o ramo do direito estudado, um aprofundamento na busca de sua natureza jurídica terá sempre como resposta a constituição, pois é nela que se encontra a carga principiológica que forma o ideário do Estado.

Comumente se ouve falar da Constitucionalização do Direito, que nada mais é do que adequação de todos os ramos do Direito ao Direito Constitucional. Hoje, com as incansáveis modificações que sofreram as leis penais, o Direito Penal somente pode ser pensado dentro de do aspecto constitucionalista, justamente para impedir que sejam desrespeitados os princípios consagrados nos textos legais e também nos tratados internacionais, e tal modo de interpretação do direito visa exatamente atingir o fim maior do Direito, qual seja, promover a Justiça.

No que diz respeito ao Direito Penal a discussão sobre a estrita observância do que reza o texto Constitucional e aos princípios nele contidos, reside no fato de que tal ramo do direito trata do maior bem do ser humano, sua liberdade, devendo primar por um rigor de justiça social que consiga respeitar, sobremaneira, os valores humanos e os princípios que zelam por eles, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Os princípios funcionam como um vetor de toda a legislação na medida em que direciona e norteia todo ordenamento jurídico. É nesse sentido que Carlos Ari Sundfeld informa que “Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”(SUNDFELD, 2003, p. 143). Importa ressaltar, que as normas que compõem o ordenamento jurídico devem manter uma estrita compatibilidade com os Princípios; dessa forma, não se admitiria uma lei

criadora de regras que fossem de encontro aos Princípios estabelecidos no ordenamento jurídico.

Cabe, portanto, uma diferenciação entre Princípios e regras. Humberto Ávila explica que as normas podem ser de dois tipos: regras ou princípios; e ensina que:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso (ÁVILA, 2008, p. 26).

Verifica-se assim que uma colisão de princípios não os invalida, ao passo uma colisão de regras revoga uma das duas.

Os princípios por serem mais abstratos dependem de um julgamento de valor para sua interpretação e aplicação. As regras, por outro lado, referem-se a situações de ampla concretude com carga valorativa diminuta quando comparada aos princípios. É o que ensina Sidney Guerra ao esclarecer que:

Sem embargo, os princípios são aquelas orientações e diretivas de caráter geral e fundamental que podem ser deduzidas do sistema jurídico, servindo de rumo norteador, na maior medida possível, para todos os órgãos de interpretação e aplicação do direito.

Dessa forma, são tidos como *rationes legis*, ou seja, guias do pensamento jurídico. Porém, existem aqueles princípios normativos que deixam de ser tão-somente *rationes legis* para se converterem em *lex*, constituindo, assim, a base de normas jurídicas. Essas Normas-Princípios (princípios inseridos nos núcleos das normas jurídicas, em especial as positivadas), como são chamadas, revelam-se por meio de preceitos básicos de organização constitucional.

Por sua vez, as regras determinam concretamente a regulamentação necessária para que os cidadãos e entidades privadas ou públicas, no movimento pertinente, possam lograr a realização de seus direitos; ao se incorporarem em norma jurídica passam tais normas a se denominar Normas-Disposições (regras inseridas nos núcleos das normas jurídicas, em especial as positivadas)(GUERRA, 2007, p. 07).

Os princípios, devido ao seu alto teor valorativo, necessitam para sua correta interpretação maior experiência e conhecimento do intérprete.

Entretanto, as regras, por referirem-se a fatos concretos, exigem menos criatividade por parte do intérprete. Nesse sentido, Sidney Guerra afirma que:

A hermenêutica é, antes de mais nada, uma atividade criadora: uma criação de direito, pois interpreta-se e aplica-se. Contudo, não há um acordo semântico sobre a hermenêutica constitucional: para J. J. Gomes Canotilho, há duas correntes entre os interpretativistas e os não interpretativistas, sendo que os primeiros buscam legitimar a ideologia liberal de Estado e Direito através de uma epistemologia descritivista, de base positivista, pressupondo a neutralidade dos operadores jurídicos. Dentre os discursos não interpretativistas, as teorias hermenêuticas decorrem de uma nova teoria da norma, que vem sendo produzida também por Konrad Hesse e F. Muller, no âmbito do Direito Constitucional. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana, onde o intérprete procura determinar o conteúdo exato de princípios e regras. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, fazendo-se sempre necessária, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais. O intérprete, ao realizar a sua função, deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie. Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de conflito entre princípios, podem estes ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências que, em primeira linha, devem ser realizadas pela vontade constitucional³.

A Constituição da República foi pródiga em assegurar direitos e liberdades de maneira a ter como cerne o “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”

Para dar seguimento à pesquisa ora proposta, e na busca de delimitar o tema, não serão analisados todos os princípios aplicáveis, vez que o assunto comporta diversos princípios. Assim sendo, serão analisados apenas os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Legalidade, da Presunção de Inocência ou da não Culpabilidade, o da Vedação das Provas Ilícitas ou Ilegítimas, o do Contraditório e da Ampla defesa e o do In Dubio Pro Reo

5.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é a moral intrínseca que cada ser humano possui; a dignidade está amparada pelo texto constitucional como fundamento da

³ *Ibidem*

Republica Federativa do Brasil. Está expressa no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. O Estado tem o dever de promover uma vida digna a todos os cidadãos, através dos direitos da personalidade, materializado pelo direito à honra, à intimidade, liberdade, à saúde, entre outros.

Alexandre de Moraes (2005, p. 128/129), sobre o principio da dignidade humana, leciona:

(...)

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é intrínseco e norteador das normas contidas na Constituição Federal de 1988, sendo um macro-princípio, do qual, se originam todos os outros. Conforme as palavras de Kant o princípio da dignidade da pessoa humana é: “núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais ao gênero humano, impondo o dever geral de respeito, proteção e intocabilidade” (KANT, 1986, p.77).

Quanto ao valor, o postulado da dignidade humana, por sua forte carga de abstração, não encontra unanimidade conceitual, muito embora todas as hipóteses se apresentem harmônicas entre si. Nos termos dos ensinamentos de Ingo Sarlet (2002, p. 120), a dignidade da pessoa humana pode ser definida como sendo

(...)

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais ser humano.

Para o adequado entendimento dos institutos jurídicos o operador do direito deve se preocupar em estudá-los, fazendo a correlação entre estes e os princípios, visando a exata aplicação dos dispositivos legais, pois, não raras são as vezes em que é necessário recorrer a hermenêutica, para entender o real espírito da lei.

Na esteira penal, uma boa maneira de entender os institutos jurídicos é analisando os princípios penais, pois eles norteiam a atividade legislativa e também a dos operadores do direito. Os princípios são dotados das funções normativas e programáticas e ainda constituem um importante instrumento de limitação do poder do estado. O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da legalidade são os alicerces do Estado Democrático de Direito, eles são, na realidade, a base de todos os outros princípios.

5.1.3 Princípio da Legalidade

Diz o inciso II do artigo 5º da Carta Magna: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei*. Este é o princípio da legalidade, que sofre adequações dependendo do ramo do direito que está sendo aplicado.

O legislador, de forma muito bem acertada, na porta de entrada do Código Penal, isto é, em seu artigo 1º, esculpiu-se o princípio da legalidade ou da reserva legal, verbis: *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”*

No Processo Penal, prisão deve obedecer estritamente o que a lei prevê. Na prisão cautelar, deve ser observado, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 88), o Princípio da Legalidade Estrita, esculpido no artigo 5º, incisos LVIII e LIX-LXVI da CF/88, verbis:

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - 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;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Damásio Evangelista de Jesus (1991. p.51), ao discorrer sobre o da legalidade disse:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador

Desde o século XVIII, época em que o iluminismo estava no auge, o Princípio da Legalidade, passou a ser fundamental para os anseios dos indivíduos, justamente por resguardar garantias de direitos mínimos, tendo tal extensão de aplicabilidade de tal princípio se aprimorado desde então. Atualmente do princípio sob análise nascem os demais, concretizando os direitos e garantias de todos os indivíduos, alicerçando todas as vertentes do garantismo penal.

5.1.4 Princípio da Presunção de Inocência

Conforme informações colhidas na obra de Paulo Rangel (2008, p. 24), “o princípio da presunção de inocência teve seu marco principal no fim do século XVIII, em pleno iluminismo”. Era a insurgência, na Europa Continental, contra o sistema processual inquisitório, consagrado pelo direito canônico. Foram longos séculos de total abandono aos direitos dos acusados, onde o estado agia por livre arbítrio, condenando os cidadãos sem dar-lhes o direito defesa, pois presumia a culpa do acusado.

Segundo informações ainda trazidas por Rangel (2008, p 24), com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Neta data fica consignado em seu artigo 9º, que:

“Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Em artigo escrito por Patrícia Donati de Almeida, postado em ambiente virtual, a Autora faz considerações sobre o princípio em comento e diz que:

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), no seu artigo 8(2) que estabelece: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Trata-se de uma das maiores garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado: o princípio da presunção de inocência (ou da não culpa).⁴

A citada autora comenta o caso 11.992-a onde a Comissão Interamericana (CIDH) analisou a importância e as consequências da ofensa ao destacado princípio e submeteu a petição à Corte, contra o Estado do Equador, por violação ao artigo sob análise.

Segue trecho da votação feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a valoração de tal princípio. a Comissão Internacional de Direitos Humanos reconheceu que o Estado do Equador violou princípio de presunção de inocência, de uma cidadã, que ficou presa, cautelarmente, por mais de seis anos. O princípio em comento está consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana, conforme segue exposto:

O princípio de presunção de inocência-Violação do artigo 8(2)

97. O peticionário argumenta que a privação de liberdade da qual foi objeto a senhora Levoyer Jiménez resulta violatória do princípio de presunção de inocência estabelecido na Convenção Americana. Assinala que neste caso a imposição de prisão preventiva de forma indefinida traduziu na antecipação do castigo.

98. O Estado não apresentou sua posição quanto ao respeito ao princípio de presunção de inocência no presente caso.

99. O artigo 8(2) da Convenção Americana estabelece:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

100. A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado.^[31] Por isso, os princípios gerais de direito universalmente

⁴ Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20080815114913619_decisoes-comentadas_o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos.html. acessado em 21 de julho de 2011.

reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição.

101.A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana.⁵

Conclui-se com as informações colacionadas, que o princípio em comento alicerça as garantias dos indivíduos em processos criminais. É uma espécie de freio utilizado para coibir a atuação do Estado no que tange o seu poder/dever de manter a segurança da sociedade por meio da aplicação da pena àqueles infringiram a lei penal. Reconhece-se que o Estado deve sim primar pela segurança de todos, mas a observância das garantias mínimas aos acusados é medida que se impõe, e o princípio em discussão é pedra angular do garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli.

5.1.5 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas ou Ilegítimas e o Princípio Contraditório e da Ampla Defesa

Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário que adquira a certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. (Mirabete 2006, p. 279).

Diante de tal explicação, e diante da certeza de que a prova tem o condão de retirar do indivíduo o seu bem maior, qual seja, sua liberdade, a obrigatoriedade de observância a tal princípio também faz parte do chamado garantismo penal, pois confere ao acusado a certeza de que todas as provas que serão apresentadas, no processo, na busca de formar o convencimento do juiz, no momento da condenação, não poderão ser ilícitas nem ilegítimas, pois o acusado tem, diante do princípio do contraditório e da ampla defesa o direito de defender-se, rebatendo a acusação e as provas que a acompanha.

Nos artigos 158 e 250 do Código de Processo Penal encontram-se elencadas, de forma exemplificativa, os meios de provas que o juiz poderá utilizar

⁵ Disponível em: http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftnref32. Acessado em: 21 de julho 2011.

para formar seu convencimento. Existem, no entanto, provas que, devida o forma em que são produzidas, podem vir inquinadas de vício, tornando-se imprestáveis, sendo definidas pela doutrina como ilícitas ou ilegais. A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso LVI diz claramente que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. É uma vedação ao poder discricionário do Magistrado, pois este está impedido de fundamentar sua sentença com base em provas obtidas ilicitamente.

Diz o artigo 157 do CPP, caput e seu § 1º:

Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, segundo Mirabete (2006, p. 253) reside no fato de que as primeiras contrariam normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e as segundas contrariam normas de Direito Processual tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Na segunda parte do parágrafo 1º do artigo 157 encontra-se a figura das provas ilícitas por derivação. A doutrina, ao explicar tal ponto da lei, passou a chamar as provas lícitas derivadas das ilícitas de frutos da árvore envenenada. Assim, se são frutos de uma árvore envenenada eles também já nascem em envenenados, e como são frutos devem seguir a sorte do principal, isto é, ser retirados dos autos, por serem imprestáveis á formação da convicção do juiz.

Para dar melhor embasamento sobre o grau de importância dos princípios sob análise, a seguir será colacionada uma ementa de julgamento de origem da Segunda Turma da Suprema Corte, onde foi dado provimento ao Recurso impetrado pelo acusado, contra decisão que lhe considerou culpado, por falsificação de documento particular, uma vez que as provas que embasaram o convencimento do magistrado foram colhidas de forma viciada, tornando-as ilícitas.

Segue a ementa da referida decisão da Suprema Corte:

RHC 90376 / RJ - RIO DE JANEIRO
RECURSO EM HABEAS CORPUS
Relator(a):Min. CELSO DE MELLO
Julgamento:03/04/2007, Órgão Julgador:Segunda Turma
Publicação DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007

DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321

Parte(s)

RECTE.(S): SÉRGIO AUGUSTO COIMBRA VIAL

ADV.(A/S): FLÁVIO JORGE MARTINS

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

E M E N T A:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PÉRSERUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - ÂMLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de

conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

Diante da explicação acima, sobre os princípios da vedação das provas ilícitas ou ilegítimas e o princípio do contraditório e da ampla defesa, verifica-se

que a prova é um dever para quem acusa, pois segundo dispõe o artigo 333 do CPP, “cabe ao autor provar o fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito. No que diz respeito à defesa, e aqui se encontra prestigiado o princípio da ampla defesa e do contraditório, “cabe provar fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito da acusação”. A condenação no processo penal deve ser obtida por meio da verdade real dos fatos, motivo pelo qual o autor produz as provas, e o réu se defende, apontando suas contraprovas, o que influencia a convicção do juiz, dando a ele subsídios para que o litígio possa ser julgado. Por fim, o direito à prova é fundamental ao contraditório, pois é desse direito que as partes irão se valer para demonstrar ao juiz a verdade dos fatos. Os princípios ora defendidos são, sem maiores questionamentos, parte importante na construção do garantismo penal, pois confere aos acusados a certeza de um julgamento pautado em provas livres de vício e em uma defesa ampla, regulada pela lei, conferindo ao acusado o direito de rebater qualquer prova, para que ao final do processo a sentença, mesmo que condenatória, seja exarada diante dos rigorosos critérios da justiça.

5.1.6 Princípio do In Dubio Pro Reo

Outra garantia no processo penal, que merece destaque está disciplinada pelo princípio do in dubio pro reo. Trata-se na realidade de garantia contra a provas insuficientes para formar a culpa do acusado, não podendo o magistrado condenar sem que a verdade real seja alcançada, seja descoberta. Assim sendo, quando houver insuficiência de provas para a condenação, deve o juiz prolatar sentença penal absolutória, devido as garantias processuais, no âmbito criminal, que vigoram em um Estado democrático de direito. É mais um aspecto concretizador do garantismo penal, pois segundo tal princípio, na dúvida, é melhor a absolvição de um culpado, do que uma possível condenação de um inocente.

6. FUNDAMENTOS DO GARANTISMO PENAL NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI

A desenvolvimento da teoria do garantismo penal, promovida pelo italiano Luigi Ferrajoli surge como crítica à pouca observância do que as constituições ordenam quando o assunto trata da matéria penal, melhor dizendo, quando da aplicação da lei penal e processual penal, pois não raras são as vezes em que o mandamento constitucional não concretiza, fazendo com que o texto da Lei Maior do País se torne letra morta.

Assim, para apresentar suas razões/críticas, o citado autor desenvolveu a teoria garantista de direitos, que não se restringe à seara criminal, pois se estende à toda esfera de direitos, uma vez que, sendo o homem o centro de proteção do Estado, qualquer ato atentatório à sua dignidade violaria direitos fundamentais, merecendo assim a aplicação da teoria garantista.

Para Luigi Ferrajoli (1995, p. 31) garantismo pode ser assim definido:

El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.

Segundo defende Ferrajoli a dogmática do direito possui parâmetros inadequados com a essência jurídica atual, uma vez que a aplicação do direito de forma dogmática, cumprindo estritamente a letra da lei, distancia-se da realidade social dos indivíduos. Infere-se do posicionamento do autor que na aplicação da lei devem ser considerados outros fatores que influenciam no momento do cometimento da infração e que fatalmente influenciarão no momento da aplicação da pena.

Não há como discorrer sobre a concepção do garantismo penal, e sobre sua influência nos direitos penal e processual penal, sem que se façam algumas considerações sobre a função que os direitos fundamentais, inseridos no texto constitucional, desempenha, afinal, o garantismo inspira a concretização de todos os direitos abordados nas constituições de Estados Democráticos de Direito. Assim sendo, para corretamente poder falar sobre o garantismo deve-se fazer uma abordagem, mesmo que rápida, sobre os direitos fundamentais definidos na constituição.

Anteriormente já foi abordado, na presente pesquisa, o tópico que trata sobre os direitos fundamentais, que segundo José Afonso da Silva (2007, p.55), devido às várias expressões que contém, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem, dificulta a conceituação precisa e sintética, uma vez que necessitaria conceituar cada expressão citada, o que não nos parece apropriado, sob pena de se desviar do real propósito da pesquisa.

No entanto, apesar de já terem sido feitas as considerações sobre o assunto, cabe ainda ressaltar que os direitos fundamentais encontram-se inseridos no artigo 5º da CF/88, possuem aplicabilidade imediata, e segundo dita o caput do citado artigo “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e assim sendo, seja brasileiro seja estrangeiro o indivíduo estará apto a invocar a proteção trazida pelos direitos e fundamentais.

Feitas as considerações acerca dos direitos fundamentais, passará a ser avaliado o garantismo penal na forma como ele é apresentado por Luigi Ferrajoli, na sua obra ***Direito e Razão***, onde são estabelecidas as bases conceituais e metodológicas do termo, destacando que os pressupostos estabelecidos para a seara penal podem servir de auxílio a todos os ramos do direito.

Ferrajoli busca apresentar o desacerto entre a norma estabelecida pelo estado e a sua aplicação, destacando que na esfera penal, as ações tanto administrativas quanto de policiais percorrem caminho diverso dos preceitos estabelecidos nas normas jurídicas promovidas pelo estado. Nesse contexto, o que o autor propõe com a sua idéia de garantismo é, o ajuste dos fatos ocorridos em sociedade, com o que realmente dita a norma, impedindo que haja divergência entre a normatividade e a efetividade. Assim, com a aplicação de um sistema garantista seria possível diminuir a distância existente entre o texto da norma e a sua correta aplicação aos fatos ocorridos no mundo real.

O autor inicia a discussão em seu livro defendendo que:

Ferrajoli (1995, p. 225) Este livro pretende contribuir para o debate sobre a crise de legitimidade que engloba o sistema penal vigente, em especial o italiano, por sua filosofia, político e legal.

Tais fundamentos foram postos em grande parte, com o nascimento do Estado moderno como “Estado de Direito” - ilustrado pelo pensamento jurídico, que identificou uma série complexa de obrigações e garantias estabelecidas para a proteção dos cidadãos contra a punição arbitrária. Apesar de ter sido incorporada em todas as constituições avançadas, esses títulos são amplamente violados pelas leis ordinárias e ainda mais para as práticas não liberais que se alimentam.

Verifica-se que a preocupação de Ferrajoli reside no fato de que a ruptura com o estado absolutista e a inserção do estado de direito e hoje o estado democrático de direito, não se aperfeiçoou; encontra-se definida e acostada nas constituições mas não são plenamente aplicadas e as garantias

conquistadas e conferidas aos indivíduos, apesar de normatizadas, sofrem violações.

Em um brilhante trabalho que se encontra disponível na internet, o autor Douglas Fischer, Procurador da República da 4ª região fez uma abordagem descritiva sobre o garantismo de Ferrajoli, conforme se pode conferir:

Numa *primeira* acepção, garantismo designa *um modelo normativo de direito*. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico “como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”. Em consequência, é garantista “todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efetiva”.

Já numa *segunda* acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de *validade e efetividade* como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da *existência e vigência* das normas. Sob esse espectro, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o *ser* e o *dever ser* em Direito. Numa frase: o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes.

Pelo prisma de uma *terceira* acepção, garantismo designa uma *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.

Essas três acepções de *garantismo*, diz Ferrajoli, delineam uma *teoria geral do garantismo*: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade⁶.

A jurisprudência pátria confirma que os tribunais têm se mostrado atentos a tal fato, e não raras são as vezes em que o ofendido consegue reverter decisões ofensivas à dignidade da pessoa humana, alegando violação às garantias contidas na Constituição Federal, onde os magistrados fundamentam suas decisões de reforma pugnando pela observação do garantismo, conforme se pode comprovar com o julgado a seguir colacionado:

Classe do Processo :2007_01_1_151640-6 APR - 0151640-37.2007.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF
Registro do Acórdão Número:383072
Data de Julgamento:08/10/2009
Órgão Julgador:1ª Turma Criminal
Relator:GEORGE LOPES LEITE
Disponibilização no DJ-e:01/12/2009 **Pág.**:135

⁶ Disponível em:< www.metajus.com.br/.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer> acessado em 23 jul.2011.

L. A. S. M. L. recorre da decisão que lhe negou a restituição dos bens apreendidos nos autos do Processo nº 2007.01.1.061963-3, alegando que mantém união estável com Tarcisio Franklin de Moura, embora residindo em imóveis distintos, e que talvez esta tenha sido a razão da constrição, motivada pela infundada suspeita de que a apelante pudesse guardar em sua casa bens e produtos advindos do suposto crime eventualmente cometido pelo companheiro, ou que este tivesse lá ocultado alguma prova. Assim, no dia 14/06/2007 foram efetivamente apreendidos em sua casa quatro mil, oitocentos e cinquenta reais em espécie, três agendas, um *notebook*, um gravador portátil Panasonic com três minifitas, comprovantes de transações bancárias, um aparelho MP4 e diversos documentos, dentre os quais uma promessa de compra e venda, registros de propriedade de imóveis, contrato de locação de imóvel, instrumento particular de confissão de dívida e outros.

A apelante alega que não é parte no processo e nem mesmo investigada na ação movida contra o companheiro e que os bens apreendidos foram adquiridos com o produto de trabalho honesto, não havendo justa causa a ensejar a sua retenção.

A simples leitura da decisão e de sua base de apoio permite concluir a inexistência absoluta de fundamentação convincente capaz de justificar a restrição aos direitos de posse e de propriedade da apelante, já que não é parte no processo e a sua ligação afetiva com um suspeito de crime não a torna automaticamente cúmplice ou conivente com eventuais ações ilícitas que o mesmo possa ter efetivamente praticado. Há que se ter em conta que os bens apreendidos são de valores módicos e totalmente compatíveis com a condição de Técnica Legislativa da Câmara dos Deputados. Ademais, a apreensão se deu em seu próprio domicílio, e não na residência do réu, contrariamente ao que afirmou os representantes do órgão acusador, e à requerente não cabia provar que os bens eram de fato a ela pertencentes, pois isto se presume pelas próprias circunstâncias da apreensão. Cabia, sim, ao Ministério Público, provar a ligação porventura existente entre os citados bens e as atividades ilícitas imputadas ao réu, e não simplesmente alegar “a complexidade da apreensão” para justificar o indeferimento da pretensão.

Ora, não se compadece dos princípios consagrados no Direito Penal contemporâneo, centrados no minimalismo, no garantismo e no primado da dignidade humana exigir do próprio réu a prova de sua inocência, muito menos se pode exigir daqueles que orbitam em seu redor, tais como mulher, filhos ou agregados em geral, provar que não foram também contaminados por eventual desvio de conduta por ele praticado. Em resumo, todo ato construtivo da liberdade e de cassação, suspensão ou restrição de direitos há que fundamentado com argumentos convincentes, não bastando a enunciação genérica das possibilidades de ofensa a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Com estes fundamentos, dou provimento ao recurso para determinar a restituição dos bens apreendidos, relacionados no Auto de Apresentação e Apreensão de folhas 25/27. Expeça-se o alvará para seu imediato cumprimento.

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DECISÃO QUE NEGA RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. RÉU ACUSADO NA "OPERAÇÃO AQUARELA". APREENSÃO REALIZADA NA RESIDÊNCIA DA COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL SEM COABITAÇÃO SOB O MESMO TETO. BENS COMPATÍVEIS COM A CONDIÇÃO FINANCEIRA

DE SERVIDORA PÚBLICA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA ORDEM CONSTRITIVA.

1 A REQUERENTE MANTÉM UNIÃO ESTÁVEL COM RÉU ACUSADO NA "OPERAÇÃO AQUARELA", EMBORA RESIDINDO EM IMÓVEL DISTINTO. CONSTRIÇÃO MOTIVADA PELA SUSPEITA DE QUE ELA GUARDASSE NA CASA PROVAS, BENS OU PRODUTOS RELACIONADOS COM O CRIME IMPUTADO AO COMPANHEIRO. APREENSÃO DE QUATRO MIL, OITOCENTOS E CINQUENTA REAIS EM DINHEIRO, AGENDAS PESSOAIS, NOTEBOOK, GRAVADOR PORTÁTIL, TOCADOR MP4 E DIVERSOS DOCUMENTOS.

2 A APREENSÃO DE BENS DA COMPANHEIRA DO RÉU, DE VALORES MÓDICOS COMPATÍVEIS COM A RENDA DE SERVIDORA PÚBLICA, OCORRIDA NO PRÓPRIO DOMICÍLIO DESTA, E NÃO NA RESIDÊNCIA DO RÉU, EXIGE FUNDAMENTAÇÃO CONVINCENTE QUE COMPROVE A EFETIVA RELAÇÃO COM O CRIME IMPUTADO. NÃO CABE À REQUERENTE PROVAR QUE OS BENS DE FATO LHE PERTENCEM E FORAM ADQUIRIDOS COM O FRUTO DE ESFORÇO LÍCITO, QUE SE PRESUME PELAS PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO. CABIA, SIM, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PROVAR A LIGAÇÃO PORVENTURA EXISTENTE ENTRE OS CITADOS BENS E AS ATIVIDADES ILÍCITAS IMPUTADAS AO RÉU.

3 NÃO SE COMPADECE DOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO, CENTRADOS NO MINIMALISMO PENAL, NO GARANTISMO E NO PRIMADO DA DIGNIDADE HUMANA, EXIGIR DO PRÓPRIO RÉU A PROVA DE SUA INOCÊNCIA. MUITO MENOS SE PODE EXIGIR DAQUELES QUE ORBITAM AO SEU REDOR - MULHER FILHOS E AGREGADOS - PROVAREM QUE NÃO FORAM TAMBÉM CONTAMINADOS POR EVENTUAL DESVIO DE CONDUITA POR ELE PRATICADO. EM RESUMO, TODO ATO CONSTRITIVO DA LIBERDADE E DE CASSAÇÃO, SUSPENSÃO OU RESTRIÇÃO DE DIREITOS HÁ QUE SER FUNDAMENTADO CONVINCENTEMENTE, NÃO BASTANDO A ENUNCIÇÃO GENÉRICA DAS POSSIBILIDADES DE OFENSA À BENS JURÍDICOS TUTELADOS.

Decisão

PROVER. UNÂNIME

MANDADO DE SEGURANÇA - FED LEI-1533/1951 ART- 5 INC- 2.

O que se pode constatar, com as considerações até aqui prestadas e com a jurisprudência acima colacionada, é que razão assiste ao ilustre autor da obra Direito e Razão e idealizador do Garantismo Penal. Muitas são as notícias de desmandos praticados por policiais e também por juízes que agem acima do que dita a lei, exacerbando o poder punitivo que lhe foi conferido pelo Estado sem observar as limitações desse poder. Mas, com a possibilidade de invocar

as garantias constitucionais, apesar de a violação de direitos já ter existido, o prejudicado tem como buscar amparo, tem como frear o abuso utilizando de mecanismos que invocam os princípios elencados acima, que nada mais são do que a concretização do garantismo penal defendido por Ferrajoli.

Utilizando ainda um trecho do artigo publicado por Douglas Fischer, temos que para Ferrajoli, ao defender o Garantismo Penal, diz que este alicerça-se em dez pilares, conforme se pode verificar a seguir:

(...)

Com efeito, o *Sistema Garantista* (denominado por Ferrajoli como SG) tem pilares firmados sobre dez axiomas fundamentais, que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe o Direito Penal e também o Direito Processual Penal. Não há se esquecer: são proposições assertivas e não prescritivas.

Nas exatas palavras de Ferrajoli,

el modelo garantista [...] presenta las diez *condiciones, límites o prohibiciones* que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Numa síntese, os princípios fundantes do *garantismo penal* são os seguintes. 1) princípio da *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o expresse reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito Penal, contrariamente a visões *abolicionistas*. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a *negação* do abolicionismo); 2) princípio da *legalidade*: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização; 5) princípio da *materialidade*; 6) princípio da *culpabilidade*: a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; 7) princípio da *jurisdicionalidade*: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências

estipuladas na Constituição; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa *unicamente* que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do *encargo da prova*: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do *contraditório*: sendo inadmissíveis procedimentos kafkianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas⁷.

Comprova-se que a busca pela defesa do ordenamento jurídico como um todo deve pautar-se na correta observância dos princípios, das regras e de todos os valores que se encontram inseridos na Constituição Federal de 1988, visando proteger sempre e acima de qualquer outro, os interesses da sociedade e dos indivíduos envolvidos em processos na condição de acusados ou processados. A todos os operadores do direito e aos agentes do Estado envolvidos com o dever de zelar pela segurança, incumbe o dever de se observar os ditames do sistema garantista, para que assim, mesmo diante da aplicação de uma pena de prisão onde a condenação atinja o limite permitido, possa ser avistada a justiça, diante da observância e respeito às garantias constitucionais.

⁷ Disponível em: < www.metajus.com.br/.../O_que_e%20garantismo_penal_Douglas_Fischer > acessado em 23 jul.2011.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto na presente pesquisa, conclui-se que exercício do poder punitivo do Estado deve obedecer, rigorosamente, o que dita os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico, sob pena de haver uma regressão no que diz respeito às conquistas que advieram de tantas lutas retratadas pela história.

O que se defende é a aplicação de um Direito Penal que tenha por objetivo punir o delinqüente, mas sob a observância de suas garantias, como pessoa de direito, como ser humano que é.

Cumprir dizer que o Direito Penal deve ser aplicado apenas nos casos onde não caiba a atuação de outro ramo do direito. A Ordem Constitucional vigente está alicerçada nos ditames de um Estado Democrático de Direito, que deita raízes no princípio da dignidade humana, onde o direito deve ser aplicado para o ser humano, mesmo quando tiver que ser retirada a sua liberdade. A aplicação da pena deve atender a sua função, qual seja, punir na intenção de ressocializar, uma vez que o indivíduo voltará para o seio da sociedade e terá que respeitar os limites impostos pela lei.

A concretização do garantismo penal pode ser encontrada nas mais diversas formas de atuação do direito. a lei 9.099/95, deve ser entendida como um meio de aplicação do garantismo penal, a reforma do código de processo penal pela Lei 12.403/11, alterando consideravelmente o trato das prisões, medidas cautelares e liberdade provisória é também um meio de aplicação do garantismo e de todos os princípios alencados no presente trabalho.

O Procurador Regional da República, Eugênio Pacelli, em recente palestra que aconteceu nas dependências da OAB/DF, discutiu as mudanças do Código de Processo Penal, promovidas com a Lei 12.403/11, e sua visão de legalidade caminha no mesmo sentido que é defendido por Ferrajoli, disse o citado procurador em sua palestra: “E preciso abandonar a idéia de que absolutamente tudo é constitucional”; “Existem profissionais, conhecidos como ‘adoradores’, que divinizam a Constituição.

Deve-se buscar a aplicação de um Direito Penal efetivo que realize de forma plena seu fim precípua: garantir os direitos fundamentais e prevenir a prática de delitos, se assim o fizer, estarão respeitadas todas as garantias constitucionais e conseqüentemente será plenamente aplicado o Garantismo Penal.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, José da Silva. Comentário Contextual à Constituição, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, 4º reimpressão. Ed. Edipro, 2000.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. Código Penal Comentado, 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Volume 1. Editora Saraiva, 2006.
- COULANGES. Fuestel, A Cidade Antiga, Martin Claret, São Paulo, 2004.
- FALCÃO, Mércio Duarte, Artigo: Considerações sobre o Direito Penal. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9321/evolucao-historica-do-direito-penal>> acessado em 13 de jun. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FOULCAULT. Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 31ª ed, Vozes, Petrópolis, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal – Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o princípio da intervenção mínima. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 87, n. 757, 1998.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 22ª ed, São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional - 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2005
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 9ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais 2009.
- PORTINHO, João Pedro Carvalho. Artigo: História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos. Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>. Acessado em 18 de julho 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, Outubro de 1998, p. 136.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 4ª ed, São Paulo: Atlas, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 5ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2004.