

## PRINCÍPIOS DE DIREITO CRIMINAL HUMANITÁRIO \*

CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO

Doutor em Direito, Mestre em Ciências Penais e Criminológicas.  
1.º Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Secretário de Justiça  
e Segurança Pública e Presidente da Escola Penitenciária Nacional  
do Ministério da Justiça (1989/90). Atual Secretário-Geral  
da Câmara Alta Latino-Americana de Juristas e Expertos  
em Ciências Penitenciárias. Doc./Quadros

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Princípios da Legalidade e da Reserva Legal — 3. Princípio da Igualdade perante a Lei — 4. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal — 5. Princípio “ne procedat iudex ex officio” — 6. Princípio da Independência Funcional — 7. Princípios “in dubio pro reo”, Contraditório e Ampla Defesa — 8. Princípio da Soberania da Lei Penal — 9. Princípio da Hierarquia das Normas — 10. Princípio da Humanidade — 11. Princípio da Liberdade de Trabalho — 12. Princípio da Inviolabilidade da Vida — 13. Conclusão.

### 1. Introdução

Entenda-se por Direito criminal a norma de caráter material (substantiva) e formal (adjetiva).

Neste ensaio estudaremos alguns dispositivos do Código penal — Parte geral e especial, Lei 7.209/84, e Decreto-lei 2.848/40; do Código de processo penal, Decreto-lei 3.689/41; da Lei das Contravenções Penais, Decreto-lei 3.688/41; da Lei 7.210/84 de Execução Penal (*bill of rights dos presos*, denominada por Nilo Batista); da Constituição federal brasileira, promulgada em 10 de outubro de 1988; bem como do Pacto de San José ou Declaração Americana dos Direitos Humanos (CADH), Decreto Presidencial 678/92, sancionatório de adesão nacional do Documento internacional.

As próprias legislações penais dos governos revelam transparentemente o nível da repressão política estatal. Nos regimes antidemocráticos o objetivo principal é o controle social (penal) secundário, especialmente de natureza seletiva.

Os critérios adotados pelo **Direito penal de Autor**, isto é, de classificação lombrosiana ou ferriana de delinquentes *ant* ou *post-delictum*,

(\*) Trabalho apresentado no Congresso Latino-Americano de Direitos Humanos (Curitiba-PR, Brasil de 17 a 20 de outubro de 1993).

não fazem parte dos sistemas democráticos. Nos Estados autoritários os códigos criminais tipificam delitos (art. 58/59 LCP — Vadiagem e Mendicância) e expressam amplamente os fundamentos de aplicação de pena segundo as condições pessoais dos processados, vinculando o conceito de periculosidade ao *status* socio-financeiro do agente/autor (art. 59, CP), onde a gravidade do ilícito, em si, é desconsiderada, em prejuízo ao **Direito penal de Ato**.

## 2. Princípio da Legalidade e da Reserva Legal

O Direito penal autoritário não define delitos, e nem dá ao cidadão oportunidade para conhecê-los.

Já o Direito penal democrático se fundamenta sobre o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, não existe crime ou pena sem previsão legal (*nulla poena sine crimen*), toda espécie de delito deve ser amplamente divulgada pelo Estado, caso contrário resta impossível a aplicação do princípio da inescusabilidade do desconhecimento da lei (art. 21, CP).

Nos sistemas autoritários as condutas e sanções cominadas entre o mínimo e o máximo não são preestabelecidas, em geral, são indeterminadas como as medidas de Segurança (art. 97, § 1.º, do CP). A taxatividade é prevista somente em relação a prisão perpétua e a pena de morte. Os crimes são criados propositalmente em base a normatização de tipos penais em branco e abertos.

As penas acessórias como por exemplo as de restrições ao voto nos casos de cassação de direitos políticos por condenação criminal (art. 15, III, CF), são inadmissíveis no Direito penal democrático.

Dentro das perspectivas liberais encontramos a proibição de cumprimento de penas privativas de liberdade superior a 30 anos (art. 75 do CP), para todos os efeitos legais (entenda-se, o cálculo no concurso de infrações, do livramento condicional, e para progressão de regimes). A doutrina penal criminológica mais avançada pleiteia o limite máximo de 10 anos para cumprimento da pena de prisão, vez que comprovado está o fator negativo do processo de prisionalização e o aumento da reincidência criminosa gerado pela suposta prevenção terciária da criminalidade.

Expressões de caráter subjetivo que conduzem a interpretações que prejudiquem o réu, não podem constar no Direito penal democrático, ex.: “mulher honesta”, “bons costumes”, “em garantia da ordem pública” (art. 312 CPP — Prisão Preventiva) e, tampouco verbos que aumentam a discricionariedade dos juízes (como “poderá” — art. 77 do CP, na suspensão condicional da pena).

Os tipos fechados vinculam-se ao Direito penal humanitário, pois somente é legítima a complementação de norma via Poder Legislativo. Definitivamente os Decs.-leis, Resoluções, Portarias, etc., do Executivo ou do Judiciário não pertencem a legislação penal democrática, exemplo: a Portaria do DIMED/Ministério da Saúde, nos delitos de tóxicos.

A Carta Magna federal estabelece que compete privativamente a União legislar sobre direito penal material e processual (art. 22, I CF), exceto em casos de competência concorrente (art. 24, I CF) como a do direito penitenciário e processual penal.

### 3. Princípio da Igualdade perante a Lei

A lei estabelece a isonomia, onde todos são (ou “devem ser”) iguais perante a norma sem qualquer distinção (art. 5.º, CF); por outro lado, o próprio Texto Supremo cria exceções com a diferenciação de tratamento segundo as competências de processamento e julgamento perante os Tribunais, trata-se de evidente desigualdade jurídica-penal direcionada em prejuízo da grande maioria do contingente social ou da casta de vulneráveis ao sistema repressivo do Estado, ou seja, aquelas pessoas que não desfrutaram do “tráfico ilícito” de influência política.

Os discursos que justificam a competência em face de foro especial de julgamento, *verbi gratia*, de Tribunais militares para processar de civis em tempo de paz, não coadunam-se com as propostas democráticas.

Acreditamos que as únicas justificativas para a existência de Tribunais especiais seriam aquelas relacionadas aos casos de envolvimento de menores (inimputáveis) e silvícolas na prática de ilícitos penais, talvez também os julgamentos pelos Tribunais Militares, estritamente nos tempos de guerra.

Com muita frequência, o princípio da proibição de Tribunais de exceção, e do Promotor Natural é violado nos regimes antidemocráticos.

“Os Estados-Partes nesta Convenção (Pacto de San José) comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição social.

Para efeito desta Convenção (Pacto de San José), pessoa é todo ser humano.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1.º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção (Pacto de San José), as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (arts. 1.º e 2.º, CADH).

“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (art. 24, CADH).

O sistema penal autoritário é seletivo por excelência, perfeitamente comprovado pelas estatísticas oficiais. As cigarras negras e douradas demonstram que dentro da criminalidade real situa-se a impunidade.

A ideologia do Direito Penal despótico pretende diminuir a idade referente a responsabilidade penal para 16 anos. Existem legislações criminais em que o limite é de 14 e de até 12 anos (v.g. Projeto do CP 1969, Nelson Hungria; e, países do Oriente Médio); porém, nos sistemas em que se visa o bem-estar da humanidade a pretensão é aumentar para 21 anos o limite da imputabilidade penal.

As mulheres por suas condições pessoais devem ter assegurado tratamento penitenciário diferenciado, em razão da amamentação dos filhos recém-nascidos (art. 5.º, L, CF), ou daqueles portadores de deficiência física ou mental, admitindo-se nestes casos o recolhimento prisional em regime aberto na própria residência da condenada (art. 117, III e IV LEP).

“Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento” (art. 5.º, CADH).

#### **4. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal**

No sistema repressivo afável se admite aplicação do princípio da oportunidade na Ação penal pública, nas hipóteses de delitos de “bagatela” ou dos chamados crimes sem “vítimas”, para fundamentar o requerimento de arquivamento das investigações policiais, em nome do princípio da utilidade processual. Nesta espécie de regime político que se visa eliminar as injustiças reinantes, a vítima tem assegurada a sua participação nos processamentos criminais com a possibilidade de composição entre o sujeito ativo e passivo do crime, onde o Estado não rouba e soluciona o conflito. A burocracia dos julgamentos retarda soluções, estigmatiza e inclusive não respeita o princípio da intranscendência da pena (art. 5.º, XLVI, CF — individualização da pena).

#### **5. Princípio *ne procedat judex ex officio***

A persecução criminal nos regimes de Direito Penal emanado soberanamente do povo, é exclusiva de um só órgão estatal (Ministério Público — art. 129, I, CF), em respeito aos **princípios da imparcialidade e da inércia do Estado-Juiz**. Por tanto, apenas nos regimes antidemocráticos as mesmas autoridades que iniciam a ação (que acusam) também julgam (início da ação penal mediante Portaria da autoridade policial e/ou do Juiz). A divisão de atribuições e competências jurisdicionais fortalece as instituições e o sistema democrático de administração da Justiça penal.

O sistema criminal benfeitor não permite recursos de ofício à instâncias superiores (art. 574, CPP), por sua vez, no Direito Penal tirânico, mesmo absolvido, se o réu deseja apelar da decisão judicial, deve recolher-se à prisão (art. 35, Lei 6.368/76, de Tóxicos; art. 594 do CPP, redação determinada pela Lei 5.941/73, não estende-se aos casos de protesto por novo Júri).

“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção (Pacto de San José), mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando nos exercícios de suas funções oficiais” (art. 25 CADH).

#### **6. Princípio da Independência Funcional**

Juizes, membros do Ministério Público e agentes policiais devem possuir autonomia e independência funcional no exercício de suas atividades jurisdicionais, para estarem imunes às influências e pressões hierárquicas.

Nos Estados Democráticos de Direito a escolha dos funcionários da administração de Justiça é feita através de concurso público.

A nomeação do Ministro da Justiça deve regular-se sob rigoroso critério de capacidade e especialização profissional, e não por indicações políticas, como ocorre nas falsas democracias.

## 7. Princípios *in dubio pro reo*, Contraditório e Ampla Defesa

As condenações nos regimes humanitários somente são possíveis através de provas absolutas e reais da responsabilidade e culpabilidade do acusado (*sine culpa nulla poena*), após, efetivamente assegurado o direito da ampla defesa e o procedimento contraditório. Elementos probatórios indiciários, suposições, conjunto de provas sem base concreta servem apenas para condenações nos regimes ditatoriais, por isso, são supressores por excelência das liberdades individuais.

Na dúvida absolve-se (*in dubio pro reo*) princípio básico usado pelo julgador democrático e humanista. A polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário não possuem o dever de condenar, mas sim, de fazer Justiça, de coletar provas imparcialmente, e não somente as que incriminem o processado.

Em todo julgamento exige-se a presença do réu. No Direito penal que convive harmonicamente com todas as classes sociais não se admite julgamento na ausência do réu. A revelia não pode ser sinônimo de passividade ou incúria, e afronta o princípio da presunção de inocência.

Se o preso possui o direito de permanecer calado (art. 5.º, LXIII, CF), como é possível que a lei infraconstitucional que não obriga o acusado a responder perguntas que lhe forem formuladas no interrogatório, expresse que seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa (art. 186 do Código de Processo Penal); ou trata-se de um direito líquido e certo ou de um dever, nos Estados Democráticos é defeso cominar sanção a quem exercita um direito.

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8.2, CADH).

A interpretação do direito e a observância do princípio da retroatividade da lei penal servem exclusivamente para favorecer o acusado (art. 5.º, XL, CF; e art. 2.º do CP), somente nos sistemas humanitários é que possui valor para beneficiar o réu.

“Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração de delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado” (art. 9.º, CADH).

Expressa o direito pátrio, “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (art. 3.º do Código de Processo Penal), e, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e os princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5.º, LXXVII, § 2.º, CF, c/ c art. 1.º, I do CPP). Do direito alienígena destacamos trecho da Constituição portuguesa: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 16, 2).

## 8. Princípio da Soberania da Lei Penal

Tanto o nacional como o estrangeiro possuem as mesmas condições de tratamento perante os Tribunais, razão pela qual a sentença criminal pátria tem força no exterior (arts. 5.º e 7.º do CP), princípios da **territorialidade e da extraterritorialidade** da lei penal no espaço.

No Direito Penal democrático a extradição é regra, envia-se ao país de origem o criminoso, em respeito às regras internacionais convencionadas entre os Estados e o princípio do cumprimento da pena no distrito da residência do réu ou de seus familiares.

A decisão criminal transitada em julgado é lei no caso em concreto, e imutável, (**princípio no bis in idem**), no Direito penal humanitário é proibido novo julgamento pelo mesmo fato, e até, duplo processamento mesmo que seja por ramos ou áreas distintas do direito (ex. juízo cível, administrativo e/ou penal). Determinadas leis que estabelecem, sempre nos últimos dispositivos, “sem prejuízo de sanções penais, administrativas ou civis”, caracterizam flagrantemente o *bis in idem*.

“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8.4, CADH).

## 9. Princípio da Hierarquia das Normas

A jurisprudência como fonte do direito não autoriza o Supremo Tribunal Federal legislar através de suas Súmulas. As decisões judiciais somente possuem força de lei ao caso *in concreto*, do contrário estaria atacando o **princípio do livre convencimento do juiz**.

Os discursos em defesa da importância da jurisprudência são mantidos geralmente por juristas sem especialização universitária, carentes de informações comparadas, e com escassa ou nula investigação científica.

A jurisprudência é obstáculo as formulações de críticas intuitivas ou empíricas. Para o prof. Raúl Zaffaroni, a jurisprudência tem por objetivo sufocar a crítica, deformar e limitar as investigações e, principalmente, oficializar através do ditatorialismo o entendimento a respeito de uma matéria, a fim de que não se decida de outra forma, ou que determinadas decisões judiciais não venham causar sérios constrangimentos à administração pública. Trata-se de desprezo à elaboração doutrinária, e um meio legal para a manutenção do sistema penal dominador.

A Constituição Federal derogou diversos artigos do Código Penal, do Processo Penal e da Lei de Execução Penal, porém continuam vigentes na prática. No direito antidemocrático o princípio da validade hierárquica das normas não é respeitado.

## 10. Princípio da Humanidade

Raúl Zaffaroni ensina que no direito penal humanitário permite o juiz poder prescindir da pena e até aplicá-la abaixo do mínimo legal, quando em situações particulares a sanção repugne a elementares sentimentos de humanidade. Poder ser supralegal, mas é infraconstitucional, vez que a Carta Magna proíbe penas cruéis e infamantes (art. 5.º, III e XLVII, e, CF).

A prisão como se apresenta na atualidade é desumana e fere violentamente à dignidade da pessoa condenada, por ser cruel o tratamento e a superpopulação carcerária, a pena privativa de liberdade deve ser a *última ratio* das sanções penais.

Para os sistemas de administração de Justiça criminal inspirados nos princípios humanitários, a práxis jurídica é outra, o direito penal se converte em preventivo e educativo. Já, no regime autoritário a prisão é usada de forma generalizada e é entendida como o único instrumento capaz de conter a criminalidade e de garantir a ordem social preestabelecida. O desrespeito ao **princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da prisão preventiva**, gera a inflação legislativa, o aumento e o descrédito popular pela magistratura punitivo.

Expressa a Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Ninguém deve ser submetido a tortura, nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (art. 5.º, CADH).

Os Tratados internacionais e a legislação positiva das Nações Unidas, cito: as Regras Mínimas para o Tratamento do Recluso, aprovada por Resolução n. 633, CI (XXIV), de 31.7.57, e, o Projeto de Conjunto de Princípios para Proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão (Res. n. 43/173, de 9.12.88), são regras de direito penitenciário humanitário que visam respeitar à dignidade da pessoa humana encarcerada.

O *habeas corpus* (arts. 647/648 do CPP) é *remedio iuris*, previsto nas legislações garantistas, quando não houver justa causa para o cerceamento do *ius libertatis*, ou quando configurar coação ilegal do direito de ir e vir. Remédio jurídico que independe de pagamento de qualquer taxa judicial (art. 5.º, LXXVII, CF).

“Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões de sua prisão e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra si.

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes, cujas leis prevêem que toda pessoa que se ver ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa” (art. 7.º, CADH).

## **11. Princípio da Liberdade de Trabalho**

A Lei de Execução Penal brasileira determina que o condenado à pena de reclusão e/ou de detenção estará obrigado ao trabalho carcerário (art. 31, LEP).

Por outro lado, a Constituição federal expressa que não haverá pena de trabalhos forçados (inc. XLVII, c, art. 5.º, CF), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratifica: “Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso” (art. 6.º, CADH).

A Conferência Geral da OIT (Organização Internacional do Trabalho) adotou o Convênio Relativo ao Trabalho Forçoso ou Obrigatório (em 28.6.30) e relativo a sua abolição (em 25.6.57).

## **12. Princípio da Inviolabilidade da Vida**

A pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado e as sanções acessórias, são corriqueiramente usadas no ditatorialismo criminal.

“Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Nos países que não houverem abolido a pena de morte, só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais se aplique atualmente.

Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido” (art. 4.º, CADH).

## **13. Conclusão**

A principal missão das normas de Direitos Humanos é conter o excesso punitivo do Estado e limitar um mínimo de intervenção necessária para regular as relações entre indivíduos e a administração pública penal. Na proposta do Prof. Alessandro Baratta o ideal seria adotar um Estado de Direitos Humanos.

Propomos o Uso Alternativo do Direito em base aos Documentos de Direitos Humanos aderidos pelo nosso governo para a verdadeira efetivação

do Estado Democrático, modernização e humanização da administração da Justiça na República Federativa do Brasil.

É importante que sempre recordemos que no Estado Democrático de Direito as garantias individuais e coletivas da cidadania são auto-aplicáveis (§ 1.º do art. 5.º da CF).

Necessitamos, urgentemente, romper com a prática forense ditatorial supressora das garantias fundamentais, corporificada através da legislação do “direito penal do terror”, na expressão do mestre René Ariel Dotti.