

SENTENÇA PENAL E CONSTITUIÇÃO: UM INSTRUMENTO PROCESSUAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Albino Gabriel Turbay Junior¹

Ayme Caroline Cintra Dias²

José Salustiano Filho³

Thiago José Guidetti de Souza⁴

TURBAY JUNIOR, A. G.; DIAS, A. C. C.; SALUSTIANO FILHO, J.; SOUZA, T. J. G. de. Sentença penal e constituição: um instrumento processual de proteção aos direitos fundamentais. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umuarama. v. 15, n. 1, p. 23-58, jan./jun. 2011.

RESUMO: Este artigo é resultado do projeto de pesquisa desenvolvido em conjunto com alunos do curso de direito. Seu objetivo é analisar a sentença penal inserida num processo penal democratizado, conforme os direitos fundamentais declarados na Constituição Federal de 1988. Princípios como o devido processo legal, presunção da inocência, individualização da pena e motivação das decisões caracterizam a sentença penal como um instrumento de proteção da pessoa e de seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Processo penal. Sentença. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

O processo penal elaborado com ideias antidemocráticas tinha a tarefa de punir o acusado por meio da perseguição. Sua característica é inquisitorial e o acusado é tratado como objeto da investigação. Com isso a sentença simplesmente refletia a perseguição arbitrária.

Contudo, com a Constituição de 1988, de forma expressa e intensa, privilegiou-se a valorização do ser humano em todos os aspectos e em qualquer situação, mesmo na prática de um crime, fortalecendo os chamados direitos fun-

¹Graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama/PR; especialista em direito processual pela PUC/PR; especialista em docência do ensino superior pela Universidade Paranaense – UNIPAR na cidade de Umuarama/PR; mestre em direito processual penal pela Universidade Paranaense – UNIPAR na cidade de Umuarama/PR; professor de direito penal e direito constitucional na Universidade Paranaense – Unipar; coordenador do curso e Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR na cidade de Paranavai/PR.

²Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Paranavai/PR

³Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Paranavai/PR

⁴Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Paranavai/PR

damentais.

A partir desta nova ordem constitucional o processo penal válido deve ter como referência (em primeiro plano), os princípios que protegem o indivíduo contra a intervenção estatal. Sendo que a sentença penal como ato processual, mesmo reconhecendo a materialidade e autoria do crime e a conseqüente condenação do acusado, deve tornar-se instrumento de proteção dos direitos individuais.

O estudo realizado teve como objetivo analisar a democratização do processo e por consequência da sentença, e ainda, verificar alguns princípios que caracterizam a sentença como instrumento de proteção. Assim, serão analisados o devido processo legal, a presunção da inocência, a individualização da pena e a motivação das decisões.

A SENTENÇA PENAL

Numa visão simples, a palavra sentença pode significar “oração, provérbio”, porém, no mundo jurídico, e assim para este trabalho, importa seu significado de “decisão, veredicto”.

A sentença é uma espécie de ato jurisdicional que constitui uma decisão definitiva. No processo penal, pode ser condenatória quando acolhe a pretensão punitiva totalmente ou parcialmente, impondo uma pena; absolutória própria quando não acolhe a pretensão punitiva e absolutória imprópria quando impõe uma medida de segurança.

Na doutrina processual penal, conforme José Frederico Marques, a sentença penal tem o seguinte conceito:

[...] Na verdade, a sentença, como instante jurisdicional básico da fase de cognição do processo penal condenatório, é o ato de composição do litígio ou causa penal, em que o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, transforma-se em preceito concreto e específico. [...] (2000, p. 1). (MARQUES, 2009, p. 789):

Para Fernando da Costa Tourinho Filho:

A função da sentença é declarar o direito. Quando o juiz procede à subsunção do fato à norma, aplicando o direito à espécie concreta, ele nada mais faz que declarar o direito preexistente. Quando o juiz condena o réu por furto, p. ex., ele está declarando, naquele caso concreto, o direito de punir do Estado.

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira:

Por meio da sentença o juiz Criminal julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo-o em todas as suas etapas possíveis, a saber: a da imputação da existência de um fato (materialidade), a imputação da autoria desse fato e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta (OLIVEIRA, 2008, p. 504).

Aramis Nassif ensina que a essência da sentença penal é o conflito e o direito, e faz a seguinte definição:

A sentença penal pressupõe, necessariamente, a existência de um processo com toda a tipologia formal e de um dossiê inquisitorial, e a lhes anteceder um conflito que, na visão da autoridade policial e do Ministério Público, amolda-se a um tipo de direito material (NASSIF, 2004, p. 437).

Analisando os conceitos e definições acima expostos, a conclusão é de que a sentença, ato de julgar, é o momento jurídico em que o Julgador aplica a o direito (como preceito abstrato, lei) ao caso concreto.

Em um caso penal deverá ser verificado o fato que está sendo imputado (materialidade), a pessoa sobre a qual recai tal imputação (autoria), e, promover a adequação valorativa da conduta realizada, a chamada adequação típica. Dessa forma, está concretizada a aplicação da lei ao caso concreto, e o Estado por meio desta decisão declara seu direito de punir (*ius puniendi*).

Neste sentido o ato de sentenciar é um exercício lógico de subsunção da lei ao caso concreto e um ato de vontade. Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 789):

Há realmente, na sentença, dois elementos básicos: a exteriorização do resultado de um juízo lógico, que consiste em uma operação mental do juiz, e a declaração de vontade. Enquanto o juiz, ante as provas, reconstrói o fato sub iudice para concluir pela procedência ou improcedência do pedido, ele nada mais está fazendo senão um simples trabalho mental, trabalho intelectual.

Assim, pode-se pensar em sentença como o ato jurisdicional para resolução do caso submetido ao Poder Judiciário (Estado), momento em que a Justiça se concretiza e fica restabelecida a ordem jurídica, que formando a coisa julgada deve ser respeitada e cumprida, operando uma transformação social. Conforme Jônatas Luiz Moreira de Paula:

Examinar a sentença é estudar a própria essência do direito como ordem jurídica; é estudar o Estado como ente soberano; é estudar a

jurisdição como integrante da ciência processual; é analisar as instituições públicas como arquitetas da transformação social.

O tema é vasto e muito amplo. Para se ter uma ideia, em dado momento doutrinário, é possível verificar a confusão conceitual entre jurisdição e sentença. É o que ocorre, por exemplo, nos conceitos de Giuseppe Chiovenda – a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei – ou de Francisco Carnelutti – a jurisdição como a aptidão em produzir coisa julgada. Em tais conceitos, é possível fazer a seguinte indagação: quando haverá a atuação concreta da lei? Quando haverá a justa composição da lide? Quando haverá a produção da coisa julgada? Para tais questões, a resposta é a mesma: a partir da sentença (PAULA, 2005, p. 41).

A partir desse pensamento, o conceito de sentença deve evoluir de um sentido estritamente jurídico para levar em consideração aspectos filosóficos, sociológicos, políticos, econômicos e individuais (psicológicos, afetivos), que influenciam e sofrem influência pelo conteúdo da decisão declarada na sentença - incluindo o julgador como sujeito na condição humana, bem como todos que são alcançados pela sentença - o que revelará toda a complexidade envolvida neste ato jurisdicional.

Para Aury Lopes Jr. (2009, p. 321):

O ato de julgar, e todo o complexo ritual judiciário, não é algo que possa ser pensado – exclusivamente – desde o Direito, pois precisa dialogar, em igualdade de condições, com a Filosofia. Também não é um tema puramente filosófico, porque além de jurídico, é antropológico, pois nosso juiz é um ser-no-mundo, que jamais partirá de um grau zero de compreensão (ou significação), inserido que está na circularidade hermenêutica. [...] Une-se (ou funde-se) a essa ligação científica, a psicanálise, pois acima de tudo, estamos diante do *sentire* de um juiz-no-mundo, que precisa julgar outro *sujeito*, e o faz através da linguagem. [...].

Na análise de Aramis Nassif a sentença revela o conflito e o direito, conflito é uma consequência da união da comunidade em resposta contra a violência individual, sendo que o direito nasce da força dessa comunidade, com isto, a sentença deve levar em consideração a evolução do direito que reflete a evolução da sociedade em todos seus aspectos (2004, p. 438)

Dessa forma, a sentença reflete o momento e os valores de uma sociedade, pois a evolução do direito (e a dinâmica das leis) é uma consequência destes valores:

Em qualquer hipótese, a evolução do direito, mais do que se pode ver atestada na sentença – e nela deve estar registrado este processo evolutivo da comunidade pela transformação, por exemplo, dos costumes, da política e das novas necessidades -, faz notar que existem forças legislativas que representam os movimentos sociais, revolucionários, reacionários e, mesmo, de inspiração religiosa, que promoverão sua adaptação e a legitimidade normativas e ampliarão a informação do Estado em nova concepção de punibilidade dos conflitos (NASSIF, 2004, p. 438).

Se a evolução do direito é atestada na sentença, esta pode ser um instrumento democrático ou anti-democrático, dependendo do contexto social e do direito desta sociedade, que pode ser protetivo de valores, como os chamados direitos fundamentais, ou estar servindo para grupos dominantes do poder, infringindo tais direitos.

Para Nassif o julgador tem um papel importante para que a sentença não se torne um instrumento anti-democrático que promova exclusões sociais:

Impõe-se a radicalização na postura dos juízes para evitar maior exclusão do direito regular nesses meios, deve comprometer-se corajosa e inapelavelmente com a práxis sociopolítica e, por meio da sentença, depurar eventuais abusos do poder econômico, reconhecendo e, tanto quanto possível, intentando resgatar a confiança das comunidades periféricas (Id. *ibid.*, 2004, p. 441)

Com isso, a sentença representa a aplicação do direito e sua cultura construída na sociedade, tomando importância a interpretação e a hermenêutica aplicada sobre as normas, para a compreensão desta cultura jurídica.

Aramis Nassif esclarece que:

A sentença penal é, pois, um importante contributo para descobrir o meio mais viável, a partir da hermenêutica, preservado o interesse do indivíduo, cuja tutela é função primordial do processo, de satisfazer o interesse do sistema orgânico-social que integra, ainda que não necessariamente representado pela maioria de seus membros, vez a possibilidade de ser apenas incipiente o momento de ruptura, podendo a decisão judicial, então, representar o alerta para os demais membros comunitários a respeito da necessidade de adequação e de evolução (como proposição de *lege ferenda*) (Id. *ibid.*, 2004, p. 445)

Após essas noções sobre sentença, é importante verificar alguns aspectos: 1) que a sentença ocorre dentro de um processo, por isso é ato processual;

2) sendo ato processual deve estar adequado conforme os princípios processuais, natureza do processo e ao sistema processual; 3) que o conceito de processo, seus princípios, natureza e sistema devem estar de acordo com os valores sociais arquitetados e sustentados pela Constituição Federal de 1988, uma constituição democratizada que privilegia a proteção dos direitos fundamentais.

A SENTENÇA COMO UM ATO PROCESSUAL DEMOCRATIZANTE

Quando o julgador realiza a sentença, promove uma transformação na realidade das partes envolvidas, sendo relevante para o direito e constituindo um fato jurídico.

A sentença é realizada por uma atividade jurisdicional, é uma prestação positiva por meio do exercício do poder conferido ao julgador, assim, independente de seu conteúdo e de suas consequências jurídicas causadas as partes, a sentença é parte de uma realidade jurídica funcional (exercício da jurisdição), por isso, um ato jurídico.

Para José Frederico Marques embasado em Eduardo Couture (2000, p. 3-4):

A sentença, como acontecimento humano que produz um novo objeto jurídico não existente antes de sua aparição, constitui fato jurídico em sentido lato. Nessa qualidade, deve ela ser considerada independentemente do seu conteúdo, colocando-se em primeiro plano, não qualquer juízo de valor sobre a decisão, mas a prestação positiva, que é dada às partes, e a própria atividade funcional, juridicamente regulada, que é conferida ao juiz. [...].

Sendo um ato jurídico independente do conteúdo (mérito com base no direito material), e sendo desenvolvida por meio de atividade jurisdicional, a sentença é ato processual e deve respeitar a estrutura do direito processual penal. A questão é: qual direito processual penal? A resposta necessariamente deve ser: Um direito processual penal que sua natureza, seu sistema e seus princípios estejam conforme a ordem constitucional.

A ORDEM CONSTITUCIONAL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A constituição de um Estado orienta todo seu sistema normativo, assim, toda construção legislativa deve respeitar a estrutura constitucional e seus valores.

Para entender qual a orientação que o processo penal deve seguir, faz-se

necessário uma breve análise do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil:

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

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

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nesse dispositivo estão previstos os princípios fundamentais de nossa Constituição, sendo que todos eles são decorrentes da construção de um Estado Democrático de Direito.

A ideia de Estado de Direito é oposta a de absolutismo ou soberania de um rei que tem o poder de fazer as leis. No Estado de Direito deve ser assegurada a certeza e a segurança jurídica, em que o próprio governo fica submetido à lei do Estado, lei que deve ser elaborada com a participação popular, mesmo que seja por meio de representantes.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho os pressupostos materiais subjacentes ao Estado de Direito são: juridicidade; constitucionalidade e direitos fundamentais (1993, p. 357).

Conforme Canotilho (1993, p. 362-363), o Estado de Direito é aquele que possui uma estrutura com base antropológica, preservando um sistema de direitos fundamentais relacionado com a dignidade da pessoa humana. “Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado [...]”.

Alerta José Afonso da Silva (2008, p. 112-113) que o conceito de Estado de Direito tem uma concepção originária liberal, constituindo um Estado Liberal de Direito que tem as seguintes características: submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado e garantias dos direitos fundamentais. Essas características representam uma conquista da sociedade, demonstrando que o Estado de Direito pode servir de apoio aos direitos do homem. Contudo, um Estado pode ser formado por uma concepção formal de Estado de Direito, podendo fundamentar um estado totalitário.

Diante disso, o Estado de Direito nem sempre é um Estado Democrá-

tico, por isso, a Constituição caracteriza nosso Estado com um Estado Democrático de Direito, ou seja, o princípio Democrático qualificando o Estado, “o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica” (SILVA, 2008, p. 119).

Para Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 213), é importante para a caracterização de um Estado Democrático de Direito é o poder emanando do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, por um sufrágio universal, voto direto e secreto, complementa o autor:

Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

A lei no Estado Democrático de Direito é a concretização do conteúdo da Constituição, e nesse papel opera a transformação da sociedade, influencia a realidade social.

Quando o Estado determina modo de condutas, o faz para que os membros da sociedade saibam como alcançar seus direitos, mais ainda, promove e limita estes direitos na convivência social, bem como determina a atuação do Estado dentro de um espírito democrático, limitando a atividade do Estado em relação às interferências junto aos indivíduos, o que garante os direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

PROCESSO PENAL DEMOCRATIZADO E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a noção de Constituição em um Estado Democrático de Direito, que tem como função a proteção dos direitos fundamentais, deve ser realizada a interpretação do processo penal.

Conforme Lopes Jr. (2008, p. 7):

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.

A democratização do processo deve refletir sobre sua instrumentalidade, ou seja, sua utilização para imposição da pena. Dessa forma, na linha de um Estado de Direito Democrático a pena não pode ser um instrumento de poder absoluto por parte do Estado, este poder deve ser limitado, pois, o bem jurídico em jogo é a liberdade.

Para Lopes Jr: (2008, p.8)

A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos (2008, p. 8).

Em conclusão de seu pensamento sobre a visão constitucional do processo penal, de forma sintética e substancial Lopes Jr. (2008, p. 9) afirma:

O processo não pode mais ser visto com um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

O processo penal não é mais um instrumento do poder punitivo. Assim, o Poder Legislativo e os operadores do direito precisam mudar a visão sobre o processo penal, vinculando seu conceito, seus institutos e sua legislação ao princípio democrático e ao Estado de Direito constitucional, para servir como garantia do indivíduo que sofre a persecução penal e como limitador do poder de punir.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 23) afirma que:

Chegou-se então a um perfil do processo, e particularmente o penal, como um instrumento de garantia individual contra eventuais e sempre possíveis abusos da força estatal, instituindo-se, como entre nós, os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definitiva, como a base estrutural de um modelo democraticamente garantista. Democrático no sentido de efetivação da participação do réu em todas as fases do procedimento, e garantista no sentido da exigência da instituição de regras e princípios que realizem concretamente a igualdade material (de fato e não só de direito) entre a acusação e a defesa, e, sobretudo,

que imponham ao juiz uma atuação imparcial e o dever de motivação de seus julgados. [...].

Evidente, com isso, que sendo um direito constitucional a liberdade individual deve ser valorizado para a democratização do processo, por outro lado, o poder de punir do Estado tem a necessidade de sofrer limites, ser legitimado. Esse pensamento reflete na discussão sobre a existência ou não do prevalecimento do interesse público sobre o interesse privado.

A valorização do indivíduo frente ao Estado, decorrência da teoria dos direitos fundamentais, acaba por fortalecer o indivíduo como sujeito passivo no processo penal. O que importa na democratização do processo é a proteção da liberdade do imputado, tratando-o como sujeito de direitos, com respeito a sua dignidade (LOPES JR., 2008, p. 11).

Ainda, sobre o interesse do indivíduo em confronto com o interesse do Estado em aplicar a pena, mesmo que no final do processo o resultado é pela condenação, deve ser mantida a valorização do indivíduo no cumprimento da pena. Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira, refletindo sobre o caráter retributivo ou meramente sancionatório da pena, num Estado Democrático de Direito que preserva os direitos fundamentais, conclui que:

Nesse ponto, vale lembrar que também a concepção hegeliana de Estado e de Direito, é suficiente para justificar a pena como intervenção não-retributiva do direito. É que se o direito constitui-se como a eticização máxima da vida em sociedade, fruto da autodeterminação de seus membros, a pena, como resposta a uma violação do Direito, impõe-se, primeiro, como necessidade jurídica, mas também como direito do réu, na medida em que este, pelo cumprimento dela (pena) pode se re-inserir na ética da sociedade. O direito aqui referido, portanto, não o direito à pena, já que essa lhe é imposta necessariamente, mas direito a nova inserção na sociedade pelo cumprimento da pena [...] (OLIVEIRA, 2004, p. 29-30).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em um parecer sobre ampla defesa e direito à contraprova, sintetiza nos termos deste estudo a função do processo penal como instrumento de salvaguarda do cidadão contra o abuso do poder do Estado:

Por sinal, quando o assunto diz com os Direitos Fundamentais, por suas expressões processuais penais, pouco há para acrescer sobre o que foi dito pelos melhores autores, em face da própria função do processo como instrumento de salvaguarda do cidadão contra o abuso do poder (2005, p. 372-373).

A legalidade, a segurança jurídica, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito, por isso, essa visão de um processo penal democratizado influencia na análise da natureza jurídica do processo, dos sistemas processuais e de todo o processo penal em que a sentença deve estar inserida.

NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL DEMOCRATIZADO

O que importa para este trabalho são as teorias publicistas sobre a natureza jurídica do processo: a teoria do processo como relação jurídica, adotada por Carnelutti, Chiovenda, entre outros, mas com sua força em Bülow, e, como contraponto, a teoria do processo como situação jurídica, tendo como principal força James Goldschmidt.

A teoria da relação jurídica evidencia uma relação entre as partes e o juiz, de natureza pública pelo envolvimento do Estado como administrador da justiça, criando direitos e obrigações processuais recíprocas. No entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 300):

O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais).

Aury Lopes Jr. (2008, p. 36-37) reconhece a importância da teoria da relação jurídica, principalmente pela separação entre direito material e direito processual, o que serviu para a autonomia do direito processual, bem como para o estudo do conceito de partes.

Com isso, Lopes Jr. (2008, p. 37), define processo na teoria da relação jurídica como sendo “uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material”.

Uma importante contribuição desta teoria da relação jurídica foi que, reconhecendo uma relação entre partes com direitos e obrigações, acabou por desvincular a ideia de que o acusado era somente um objeto do processo, para ser um sujeito processual, inclusive podendo exigir a tutela jurisdicional por parte do juiz, respeitando o sistema de garantias constitucionais (LOPES JR., 2008, p.

38). Contudo, para um processo penal democratizado, que preserva os direitos fundamentais, a melhor teoria sobre a natureza jurídica seria a teoria do processo como situação jurídica. Na teoria do processo como situação jurídica Goldschmidt afasta a ideia de direitos e obrigações, dizendo que no processo há chances dentro da dinâmica do processo.

Jônatas Luiz Moreira de Paula, (2002b, p. 143-144) embasado na lição de Eduardo Couture, explica que para esta teoria do processo o que há é “uma situação de estado de sujeição das partes frente ao ordenamento jurídico”. O ato do juiz sentenciar não é uma obrigação dele em razão do direito de uma das partes, mas sim seu dever funcional, e ao invés de direitos, em razão da condição dinâmica do direito, ocorrem possibilidades de como será a decisão judicial. Jônatas conclui sobre esta teoria que “[...] a ideia de processo é um instituto que visa transformar a realidade social, mediante modificação da situação jurídica das pessoas envolvidas”.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 88) entende que em processo penal a melhor teoria é de Goldschmidt, pois, no interior do processo não há uma relação de exigibilidades entre as partes, mas sim a lei estabelece ônus e faculdades processuais que poderão ser utilizados pelas partes dependendo da vantagem ou desvantagem.

Oliveira (2008, p. 88) faz a ressalva de que direito e ação faz parte de uma relação jurídica, contudo é um direito que acontece anterior a formação processual, e conclui:

Instaurado o processo, o que se verifica no seu interior está realmente mais para um complexo de situações jurídicas, com expectativas de direito, se e pelo adequado exercício das faculdades processuais e da atuação eficiente diante dos ônus processuais, do que propriamente de uma ou mais relações jurídicas (OLIVEIRA, 2008, p. 88).

Aury Lopes Jr. destaca na teoria de Goldschmidt a epistemologia da incerteza, reconhecendo a complexidade em que se desenvolve o processo (dinamismo), é uma sucessão de atos que geram as situações jurídicas, e fica a cargo das partes a busca de uma direção favorável no processo. Lopes Jr. (2008, p. 41) também demonstra não haver direitos e obrigações, mas sim, expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas, ou seja, a ideia de ônus e bônus processuais conforme a atuação das partes e o aproveitamento das chances.

A teoria de Goldschmidt é a melhor resposta para a natureza jurídica do processo penal; não há uma relação jurídica de direitos e deveres entre as partes, cada parte atua conforme seus interesses conforme suas expectativas, e o juiz realiza sua função enquanto representante do Estado (Poder Judiciário) no exercício da jurisdição.

Ainda, para o acusador existe uma carga probatória, e para o réu e sua defesa existe um risco, o risco de ter uma sentença desfavorável, realizando assim a dinâmica do processo. Aury Lopes Jr. (2008, p. 45) estabelece o processo como uma expectativa, uma chance, no sentido da atuação ou não atuação das partes e seus interesses, recaindo na epistemologia da incerteza, refletindo em que, “[...] a dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”.

A epistemologia da incerteza, e a assunção do risco do processo pela defesa, fortalece a teoria do processo como situação jurídica, principalmente, em razão de que esta incerteza do direito na dinâmica processual chama a atenção para um discurso retórico, de que a verdade se revelará no processo e ocorrerá a justiça. A verdade é que, antes da decisão final, ninguém tem certeza do que vai acontecer, de como o julgador irá interpretar e valorar as provas produzidas nos autos, por isso, a defesa deve usar de suas “armas” e de suas estratégias para aumentar a chance de sua expectativa por uma sentença favorável (LOPES JR. 2008, p. 52-53).

Nessa linha de pensamento o que vale para o processo é o respeito ao devido processo e suas regras, que devem ser esclarecidas e respeitadas por todos participantes da dinâmica processual, conforme analisado com a inserção no sistema constitucional; enfim, o que vale são as garantias em favor daquele que está submetido ao processo judicial.

Ressalta-se na lição de Lopes Jr. (2008, p. 53) que a repressão e as garantias processuais não se excluem, são simultâneas, a repressão faz parte do poder punitivo, que é limitado pelas garantias processuais. Assim, é preciso, urgentemente, para a compreensão do sistema processual penal, aceitar a incerteza, os riscos e a repressão, para fortalecer, e, definitivamente, ser objeto de cuidado dos operadores do direito, as garantias processuais.

SISTEMAS NO PROCESSO PENAL

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, (2011, p. 16-17) processualista, partindo da noção geral de sistema para a noção específica do sistema processual penal, sintetiza da seguinte forma:

Ainda que com uma visão sucinta, tenho a noção de *sistema* a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que pas-

sam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*. Aquele, de sua parte, não pode ser desprezado em hipótese alguma. Trata-se, como se tem presente, do *princípio inquisitivo* e do *princípio dispositivo*, os quais dão sustentáculo ao *sistema inquisitório* e ao *sistema acusatório*, respectivamente.

O sistema processual penal é um conjunto de regras que define sua estrutura que varia de acordo com a concepção do Estado e sua política, e a partir dessa estrutura ordena de forma lógica todo o processo penal e sua aplicação pelos operadores do direito, ou seja, sua aplicação na realidade.

Na doutrina é possível encontrar dois sistemas principais, acusatório e inquisitório, concebidos como sistemas puros, porém, conforme a maioria da doutrina estes sistemas puros não são mais encontrados na atualidade, surgindo o chamado sistema misto.

A principal característica do sistema acusatório está na separação dos poderes exercidos no processo, assim, fica evidenciada a presença de um acusador que tem os poderes referentes ao exercício da ação, e de outro lado, a presença do acusado ou imputado que realiza sua defesa, e, sem confundir com a acusação, há a presença de um órgão que tem a função de decidir, e principalmente, este órgão e sua atividade de decidir ficam condicionados à atuação do acusador por meio da ação; não pode quem decide promover a acusação (MAIER, 2004, p. 444).

O sistema inquisitório tem a seguinte definição conforme José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 25):

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e, por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e da liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.

O sistema misto também é conhecido por napoleônico ou reformador, tem como característica adotar elementos do sistema inquisitório em conjunto com elementos do sistema acusatório. Com isso, o processo penal compõe-se de duas fases distintas e separadas: “a *instrução* – destinada a descobrir o crime e os seus agentes – e o *juízo* – no qual se procede ao apuramento das responsabilidades do agente relativamente ao facto que haja praticado”. O sistema inquisitório é presente na instrução, processo escrito, secreto, sem o contraditório e sem a participação do imputado. No julgamento a característica é acusatória,

optando pela oralidade, publicidade e pelo contraditório (BARREIROS, 1981, p. 14).

Na visão de Paulo Rangel (2003, p. 47):

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão às mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

A doutrina brasileira está dividida sobre qual o sistema processual adotado, havendo opiniões afirmando que o sistema é misto, bem como outros afirmando que o sistema é predominantemente acusatório, e, também, autores caracterizando o sistema como inquisitório.

Deixando de lado uma análise crítica aprofundada sobre o tema e a legislação processual penal anterior à Constituição de 1988, para um Estado Democrático de Direito e a consequente preservação dos chamados direitos fundamentais, o sistema ideal é o acusatório. Este é o sistema que se extrai de nossa Constituição Federal.

Na análise do sistema brasileiro realizada por Gilson Bonato (2003, p. 101-102), o autor compara o Código de Processo Penal com o sistema Constitucional, sobre o Código de Processo Penal explica:

Inicialmente, há que se assinalar que toda a legislação processual penal brasileira ainda em vigor foi fruto da influência dos regimes fascista e nazista, tendo o Código de Processo Penal, datado de 1941, forte influência do Código Italiano, lembrando que foi concebido na era getulista. As legislações posteriores não passaram de emendas ao Código, não tendo havido nenhuma reforma substancial nos últimos 60 anos (BONATO, 2003, p. 101-105).

A Constituição Federal de 1988 “[...] trouxe consigo um novo quadro para o direito processual penal, evidenciando a adoção de um modelo acusatório”, por este aspecto, conclui Gilson Bonato, o Código de Processo Penal em muitos dispositivos não foi recepcionado pela Constituição de 1988, necessitando de uma releitura da legislação infraconstitucional processual penal para que fique em consonância com os preceitos constitucionais (2003, p. 102-103).

Para Aury Lopes Jr. (LOPES JR., 2008, p. 59), refletindo sobre o sistema processual e a sentença:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a im-

parcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Assim, o sistema processual penal presente na Constituição Federal de 1988 é um sistema acusatório na essência, não só porque em seu artigo 129, I determina que é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, o que expressa no plano ideal a separação das funções de acusar e de julgar, mas principalmente porque sendo um Estado Democrático de Direito e em razão dos direitos fundamentais o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e não como objeto de investigação em um processo criminal, o que retira, num plano ideal, a possibilidade do juiz ter poderes instrutórios, devendo assumir de vez o papel de protetor das garantias constitucionais do acusado.

PRINCÍPIOS QUE CARACTERIZAM A SENTENÇA COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal teve seu início na Inglaterra, depois teve um marco histórico nas colônias norte-americanas com a edição do “*bill of rights*” e suas emendas em que houve previsão expressa.

Na história da Inglaterra a Magna Carta das Liberdades é reconhecida como o documento que deu origem ao princípio do devido processo legal, em data de 15 de junho de 1215, quando o então Rei João Sem Terra pressionado pelos nobres acabou por apor o selo real em uma declaração de direitos que tinha como intuito enfraquecer o autoritarismo que vivia a Inglaterra em função da Monarquia.

A doutrina atribui à Magna Carta das Liberdades a origem ao princípio do devido processo legal, pois nela foram estabelecidos direitos individuais que o Estado não poderia atingir, forma de proteção de tais direitos contra o autoritarismo do governo da Inglaterra.

Justamente por estabelecer esta quebra com o absolutismo a Magna Carta da Inglaterra teve tanta importância, pois certamente foi um grande primeiro passo para o reconhecimento mais efetivo dos direitos dos cidadãos.

Nos Estados Unidos, mesmo após a independência das Colônias na América do Norte, continuava a influência da Inglaterra, fato que incentivou o manifesto das Colônias para se juntarem e ficarem mais fortalecidas. Surgia então a ideia da formação da Federação dos Estados Unidos.

Após várias divergências, houve a ratificação da Constituição e em 1789 James Madison introduziu no congresso uma série de emendas, sendo que dez delas foram ratificadas e constituíram a Carta de Direitos (*The Bill of Rights*). (ABRAHAM, 1978, p. 56)

Nesta Carta de Direitos estavam contidas regras para limitação do poder do governo federal e por outro lado proteção para os direitos individuais dos cidadãos estadunidenses. O passo seguinte foi a incorporação destes direitos pelos Estados, bem como a elaboração de emendas, o que aconteceu com alguma resistência, e apesar de que na quinta Emenda já havia previsão do devido processo legal, foi na décima quarta Emenda que instituiu-se a cláusula do devido processo legal.

A Décima Quarta Emenda entrou em vigor no ano de 1868 com o seguinte texto:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis (RAMOS, 2006, p. 269).

Nas decisões pela Suprema Corte, a partir da Décima Quarta Emenda, começou a ser construído um novo conceito para a cláusula do devido processo legal, agora sim preocupado em garantir direitos substantivos dos envolvidos, passou a incidir sobre direitos materiais.

Assim, a cláusula do devido processo legal passa a atuar como norma protetora dos direitos fundamentais previstos nas emendas anteriores, torna-se uma garantia.

No Brasil, o princípio do devido processo legal só teve sua garantia expressa na Constituição de 1988, antes era aplicado com a utilização do direito comparado, principalmente o direito norte-americano o que melhor desenvolveu o sentido do princípio.

CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGAL

Analisando a origem e a evolução do devido processo legal conclui-se que o instituto surgiu como instrumento de defesa ou garantia dos direitos fundamentais, tutelando a vida, a liberdade, a propriedade, etc. De forma específica a doutrina divide em devido processo legal em sentido processual ou formal e

devido processo legal em sentido material ou substantivo.

O devido processo legal em sentido processual significa que os procedimentos devem ser respeitados conforme as regras estabelecidas, tanto na investigação quanto na instrução e julgamento. O devido processo é um somatório de atos preclusivos e coordenados, cumpridos dentro da formalidade estabelecida e pelas partes envolvidas, principalmente quanto a competência do juiz (SANCHEZ, 2001, p. 193).

Conforme Paulo Fernando Silveira:

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato (SILVEIRA, 2001, p. 242).

Nesse sentido o devido processo legal é uma garantia processual com o objetivo de resguardar a regularidade do processo (BONATO, 2003).

Explica Bonato, sobre o sentido processual, que:

Garantidor de um devido processo criminal, o princípio abarcava as garantias explícitas e implícitas das liberdades preconizadas pela Constituição. Dentre as garantias expressas, vale destacar a proibição de *Bill of attainder* e da retroatividade das leis (*ex post facto Law*), ambas contidas no artigo 1º da Constituição, bem como as garantias expressas na V Emenda, quais sejam, julgamento por júri (*jury trial*), proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Já a VI Emenda previa o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), júri imparcial e competente territorialmente, o direito do acusado ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório (BONATO, 2003, p. 34-36).

Sobre esta concepção processual do devido processo Bonato conclui que “[...] não objetivava analisar e limitar o mérito ou o conteúdo das normas jurídicas, adstringindo-se a um enfoque estritamente processualístico, não pretendendo emprestar ao princípio um sentido substantivo”.

O outro conceito de devido processo é o conceito material ou substantivo. Conforme Sánchez (2011, p. 193) o conceito material é o conjunto entre a noção formal do devido processo mais o cumprimento dos fins e direitos fundamentais, das garantias constitucionais, limitando o poder ou função punitiva

do Estado. Para o autor há o devido processo do ponto de vista material se são respeitados a liberdade, a justiça, a dignidade humana, a igualdade, a segurança jurídica e os direitos fundamentais, como a legalidade, o contraditório, defesa, celeridade, publicidade, proibição da *reformatio in pejus* e do duplo processo pelo mesmo fato.

João Gualberto Garcez Ramos realizou trabalho aprofundado sobre o processo penal norte-americano, e em sua obra explica que este caráter substancial do devido processo legal teve maior repercussão na Suprema Corte a partir da metade do século XIX (2006, p. 170), sendo possível observar o devido processo legal como avaliação do conteúdo referente aos direitos fundamentais. O autor cita vários casos, entre eles o caso *Coppage v. Kansas*:

Em *Coppage v. Kansas*, 236 US 1 (1915), o juiz associado Mahlon Pitney (1858-1924) escreveu pela Suprema Corte que “a 14ª emenda impede os Estados de privarem alguém da liberdade pessoal ou da propriedade, ou de materialmente restringirem o exercício desses direitos, exceto se isso for incidentalmente necessário para o outro objetivo, desde que esse objetivo atenda ao interesse público. A mera restrição da liberdade e propriedade não pode ser por si mesma considerada de ‘interesse público’ e tratada como objetivo legítimo do poder de polícia; essa espécie de restrição é que é verdadeiramente inibida pela 14ª emenda” (KANSAS, 2006, p. 174).

Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 78) explica que a cláusula do devido processo legal é uma forma de controlar as leis e os atos do governo em geral por meio “da razoabilidade e da racionalidade, ou da justa medida, da medida proporcional”.

Para Castro:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase substantiva na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e conclusivo da legalidade e do próprio mérito axiológico das relações do governo com a sociedade civil. Com isso, os Juizes assumiram o papel de protagonista no seio das instituições governativas, deixando de ser mero coadjuvantes das ações do Executivo e do Legislativo. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público passaram a contar, no plano institucional, com a autoridade dotada de prerrogativa decisória (*do final enforcing power*) e revestida das credenciais de intérprete derradeiro do sentido e alcance da Constituição: os órgãos da Justiça (CASTRO, 2005, p. 80).

Desta forma, o sentido material ou substantivo do devido processo legal exige, além do respeito às regras processuais como forma, como procedimento a ser seguido, que o Poder Judiciário ao aplicar uma lei estabeleça um juízo sobre o seu conteúdo, resguardando com isto os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

Não basta seguir corretamente o processo pré-estabelecido se as regras aplicadas ferem a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, neste sentido o devido processo legal, no caso, o devido processo penal é garantia dos direitos fundamentais do acusado.

O DEVIDO PROCESSO PENAL E SUA INSTRUMENTALIDADE

A partir da ideia de devido processo legal processual e substantivo tem-se que serve para garantia dos direitos fundamentais, tanto é que a cláusula do devido processo tem previsão constitucional no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Na obra sobre direitos fundamentais, Alexandre de Moraes (2007, p. 264) salienta que a Constituição Federal atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, conforme citado acima, explicando que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Diante disso, e levando em consideração o estudo realizado sobre processo e Constituição, o processo penal no ambiente da Constituição Federal é o devido processo penal com aspecto garantista.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira “o devido processo penal constitucional busca, então realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes”. Ainda, conforme o autor o processo justo deve ser aquele em que está garantido o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, e que o convencimento do juiz seja motivado (2008, p. 7-8). No aspecto garantista o devido processo penal torna-se um instrumento para a concretização do direito penal respeitando os direitos fundamentais.

Conforme Lopes Jr. a instrumentalidade do processo está ligada a aplicação da pena, o autor argumenta que não é possível a reprovação do Estado sem o prévio processo, acrescenta-se a ideia do autor, que nem mesmo perante o

consentimento do acusado é possível dispensar o processo, reforçando a instrumentalidade do processo penal. Assevera Lopes Jr. (2008, p. 24) que:

A instrumentalit  de processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como cont eudo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a san o tem como destinatário aquele poder do Estado, que   chamado a aplicar a pena (LOPES Jr., 2008, p. 24).

Lopes Jr. (2008, p. 26), conclui que "em suma, nossa no o de instrumentalidade tem como cont eudo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constitui o, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana [...]".

O devido processo legal determina a aplica o das regras processuais com respeito ao que está instituído como procedimento, mas mais importante, respeitando os valores democráticos de respeito   dignidade do acusado.

Neste aspecto a sentença penal só cumprir  sua instrumentalidade enquanto ato processual se o julgador observar as regras e critérios impostos, principalmente em uma sentença penal condenatória, o que concretiza a instrumentalidade garantista dos direitos fundamentais. Isto significa, respeitar a presun o da inocência, a individualiza o da pena e a motiva o de sua decisão.

PRESUN O DA INOCÊNCIA

O Direito Romano já observava a presun o da inocência, contudo este princípio não teve sua aplica o contínua na história, pois momentos como a Inquisi o da Idade Média e movimentos totalitários e fascistas afastaram tal garantia. O fortalecimento da presun o de inocência ocorreu com a Declara o dos Direitos do Homem de 1789 (LOPES, 2008, p. 178).

O princípio da Presun o da Inocência (Presun o da Inocência, Estado de Inocência ou Situa o Jurídica de Inocência) está previsto no artigo 5 , LVII da Constitui o Federal de 1988, nos seguintes termos: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Por este princípio, ao indiciado, ao acusado ou até mesmo ao apenado sem sentença transitada em julgado, deve ser mantido seu estado de inocência, e com isso, todo o tratamento processual e avalia o da prova deve ser realizada de uma forma democrática, sem considerar a pessoa submetida ao processo como um simples objeto para confirma o de uma condena o que já estava decretada pela sociedade ou pelo próprio julgador.

O respeito a este princípio encontra sérias dificuldades em tempos em

que a mídia formativa da opinião pública insiste em promover um julgamento público extrajudicial das pessoas que tem seus nomes envolvidos em situações que sugerem ocorrência de crimes. Tal repercussão pode influenciar o próprio julgador em sua condição humana e ter como consequência penas arbitrárias.

Para Aury Lopes Jr.:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça [...] (LOPES JR., 2008, p. 179).

A concretização da Democracia depende da efetivação deste Princípio Constitucional, que só acontecerá com o amadurecimento do espírito democrático na sociedade, e, principalmente nos agentes que elaboram e operam o direito.

Como já observado anteriormente, na doutrina processualista existem dois aspectos importantes sobre o Princípio da Presunção da Inocência, um de tratamento do acusado como sujeito processual durante todo transcorrer do processo, e outro referente a avaliação da prova. Conforme Eugenio Paccelli de Oliveira:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação [...] (OLIVEIRA, 2008, p. 35).

Aury Lopes Jr. (2008, p. 179) assevera que a presunção da inocência predetermina a adoção da verdade processual, o que implica em um processo penal de sistema acusatório em que o juiz afasta-se da condição de inquisidor – pois, se o juiz atuar na produção da prova o que ele busca é a confirmação da convicção de uma condenação.

Reconhece-se, então, que a presunção de inocência traduz-se em regras de tratamento do acusado, ou seja, o processo penal faz sua intervenção sobre um inocente (LOPES JR., 2008, p. 180).

Mas para este trabalho sobre o momento da sentença penal e sua instrumentalidade na proteção dos direitos fundamentais, a perspectiva mais relevante

sobre o Princípio da Presunção da Inocência é que “dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova)” (LOPES JR., 2008, p. 180).

Sobre a carga da prova ou ônus da prova, esta no processo penal é incumbência ao acusador, neste sentido caso o Julgador, quando no momento da sentença, ao avaliar o conjunto probatório perceber a insuficiência das provas para uma condenação deve conduzir a sentença para a absolvição, aplicando o chamado *in dubio pro reo*.

Eugenio Pacelli de Oliveira numa reflexão sobre este aspecto da presunção de inocência, vai além, diz que na verdade não é a dúvida que determina a decisão favorável ao acusado, mas sim que somente a certeza pode sustentar uma condenação e sua respectiva restrição de um direito que já estava afirmado anteriormente pela própria condição de pessoa inserida num contexto democrático (2004, p. 175).

A busca pelo Julgador de uma prova inexistente nos autos do processo para confirmar convicções pessoais condenatórias extrapola o sistema acusatório determinado pela Constituição Federal e seus fins democráticos.

Refletindo sobre a sentença, este princípio delimita a liberdade de convicção do juiz na avaliação das provas, pois, esta liberdade de avaliação jamais pode ser absoluta, e de outro lado, o obriga à fundamentada motivação de sua decisão, tema que será tratado em tópico específico deste trabalho.

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena pode ser compreendida como um conjunto de regras para determinar a pena da pessoa condenada, que tem um lado material (direito subjetivo) e outro processual (regras a serem seguidas pelo juiz na elaboração da sentença). Mas, além deste conceito, é importante pensar como princípio constitucional, e, principalmente, como garantia fundamental.

Não sendo as pessoas iguais, como também não são iguais os crimes e as consequências dos crimes, mesmo que entre crimes de mesma espécie, a pena a ser estabelecida deve respeitar estas diferenças.

A individualização da pena serve para que seja realizado o justo, não no sentido de que a pessoa tem o direito à pena, mas sim de que a pessoa condenada por um crime tem o direito a cumprir devidamente a pena correspondente proporcionalmente ao comportamento criminoso praticado, conforme suas características pessoais, e desta forma tem o direito de que sua readaptação social se realize efetivamente.

Para Guilherme de Souza Nucci:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penais sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (NUCCI, 2007, p. 30).

PRINCÍPIO

Respeitando todo o contexto filosófico e social em que se inspira nosso sistema constitucional, como analisado anteriormente, voltado para os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, a Constituição Federal expressa em seu art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Presente, também, nas Constituições de 1946 (art. 141, § 29), de 1967 (art. 150, § 13º, segunda parte) e na Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, §13º, 2º parte), a individualização da pena passa a ser em nosso sistema um princípio penal constitucional que serve como garantia individual e como forma de limitação do poder punitivo do Estado.

No estudo de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 33) é traçada correlação do princípio da individualização da pena com outros princípios aplicáveis à pena:

O primeiro princípio que se relaciona com a individualização é o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Para cumprir o escopo político do princípio da legalidade, o que demonstra seu contexto democrático, não só a descrição do crime deve ser anterior ao fato, mas também a pena, no sentido de que lei posterior que define crime não pode retroagir e alcançar fatos anteriores a ela (anterioridade).

Ou seja, o fundamento político serve como garantia de liberdade (democrático) e desta forma a cominação abstrata da pena, seus critérios, seu *quantum*, sua execução, deve ser anunciada antes para que as pessoas saibam quais são as consequências para determinado crime, e por outro lado, limita o poder punitivo do Estado em relação à liberdade da pessoa.

Existe discussão doutrinária sobre a equivalência do princípio da legalidade e da reserva legal, Nucci se posiciona a favor desta equivalência, apesar

de parecer melhor a doutrina que entende ser o princípio da legalidade o gênero, tendo como espécies a anterioridade e a reserva legal, como por exemplo, Damásio de Jesus, não há dúvida que como consequências destes princípios estão a taxatividade, a anterioridade e a irretroatividade da lei penal, que devem ser características, não só da descrição da figura típica, mas também da pena.

Com relação ao princípio da isonomia, Nucci argumenta que:

Assim como se sabe que os seres humanos são naturalmente desiguais, desse modo nascem e nessa perspectiva crescem, desenvolvem-se e morrem, o direito deve tratá-los todos de maneira igualitária, o que significa prever, nas normas, que possuem os mesmos destinatários, critérios que possam assegurar a cada um o que é seu, bem como, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais, fórmula mais próxima do ideal de isonomia material e não meramente formal. A igualdade *perante* a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitados, viabilizando a concretização da isonomia (NUCCI, 2007, p. 35).

Assim, se tivermos várias pessoas condenadas por um mesmo crime, no mesmo fato ou em fatos diferentes, a pena de cada pessoa será diferenciada em razão das desigualdades entre elas, por circunstâncias subjetivas ou até mesmo objetivas, mas que revelam que cada pessoa tem a necessidade de um *quantum* de pena ou de uma espécie de pena para a justa medida repressiva do Estado.

Outro princípio correlato é o da proporcionalidade, para Nucci, levando em consideração a intervenção mínima do direito penal e sua missão de proteção de bens jurídicos, deve haver uma proporcionalidade entre o crime e a pena, não podendo crimes de menor importância ter penas exageradas.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade é utilizado pelo legislador na construção dos tipos penais, descrevendo o comportamento e sua pena proporcional, conforme a gravidade maior ou menor dos crimes (envolvendo a conduta e o bem jurídico protegido), permitindo, então, que a individualização da pena aconteça, respeitando critérios de proporcionalidade ao crime que o condenado cometeu.

Também correlatos são os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade. Conforme o art. 5º, XLV da Constituição Federal, a pena não poderá passar da pessoa do delinquente, o que evita a possibilidade de outras pessoas pagarem pelo crime de alguém, como, por exemplo, o pai pagar pelo crime do filho em virtude de sua fuga. Este é o princípio da responsabilidade pessoal, e para Nucci a individualização da pena tem a finalidade de concretizar este prin-

cípio (2007, p. 39).

Lembra Nucci que a própria Constituição Federal não abrange nesta responsabilidade pessoal da pena o dever de reparar o dano e o perdimento dos bens, quando forem considerados produto ou proveito do delito, pois tais consequências são efeitos da pena e podem alcançar o sucessor em razão do enriquecimento sem causa, e o Estado tem o dever de, verificando a ilicitude, confiscar os bens herdados, o que demonstra o respeito ao limite do patrimônio que pertencia ao condenado e que foi transferido, não podendo alcançar bens próprios do sucessor (2007, p. 39).

O princípio da culpabilidade tem a tarefa de ser o fundamento da pena, ser critério de medida da pena (limitação) e proibir em direito penal a responsabilidade objetiva. Como a culpabilidade é pessoal, o fundamento e limite da pena é uma forma de personalizar a pena, ou seja, individualização.

O outro aspecto do princípio da culpabilidade, proibição de responsabilidade objetiva em direito penal, obriga que o crime só aconteça com dolo ou culpa. Para Nucci, isto decorre da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, e seguindo:

Quão arbitrária seria a atuação estatal buscando punir pessoas que causam danos ou criam situações de perigo fortuitamente, obra do acaso, sem desejar, nem atuar com falta do dever de cuidado objetivo. Assim, preservando-se a esfera de intimidade do ser humano, levando-se em conta que o Direito Penal é a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade), devendo ser o instrumento punitivo utilizado quando outro se torne ineficaz ou inadequado ao ilícito cometido, não se pode admitir, como regra, o direito penal sem culpa (2007, p. 40).

Por último, o princípio da humanidade, que em relação à pena pode ser verificado na Constituição Federal no art. 5º, XLVII e XLIX:

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

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

Conforme Guilherme de Souza Nucci, o principal vínculo da individualização da pena com o princípio da humanidade é em relação à etapa de execução da pena, e o maior problema são as condições carcerárias no Brasil, superlotação, falta de condições sanitárias, contribuindo para um tratamento desumano para os presos. Com isso, é importante que o juiz da execução penal atue para evitar estas

situações, ou pelo menos amenizar (2007, p. 41).

As penas privativas de liberdade ainda são a solução para crimes graves, por enquanto não se encontrou outra medida que possa fazer uma substituição eficaz. Com isso, o que deve se ter como meta não é criar um alto padrão de vida para os presos, pois esta não é a realidade da sociedade brasileira que sofre com situações de miserabilidade, mas sim criar um sistema carcerário que mantenha o “*status* de pessoa humana” para o apenado, buscando a chamada humanização do presídio, o que tem se mostrado um processo muito lento (NUCCI, 2007, p. 41).

SISTEMAS

O processo de individualização da pena, que inclui a espécie, o *quantum* da pena, e eventual substituição ou suspensão condicional, pode ser realizado conforme três sistemas (PRADO, 2008, p. 574):

Primeiro, sistema da absoluta determinação, em que o legislador fixa o processo de determinação da pena, com sua individualização, espécie e medida da pena, não dando margem ao juiz para interferir na individualização, assim fica adstrito ao previamente fixado pela lei.

Conforme Luiz Regis Prado:

Exemplo emblemático da absoluta determinação é o Código Criminal do Império (1830), que, inspirado no Código Penal francês de 1791, perfilha rígido esquema de dosimetria penal. Conferia à sanção penal aplicação matemática, feita segundo três graus distintos – máximo, médio e mínimo (art. 63). Nessa trilha, também o Código Penal de 1890 dividia a sanção em graus: máximo, submáximo, médio, submédio e mínimo. Nesse Estatuto, somente os graus máximo e mínimo encontravam-se previamente fixados; o grau médio era resultado da média aritmética daqueles, enquanto o submédio era extraído da média entre os graus mínimo e médio, e o submáximo, da média entre os graus médio e máximo (art. 62). (2008, p. 574).

Segundo, o sistema da absoluta indeterminação, neste o julgador tem poderes ilimitados para determinar a espécie de pena e seu *quantum* conforme o caso concreto levado ao judiciário é o livre-arbítrio judicial.

Terceiro, o sistema da relativa determinação, que é o sistema adotado pelo nosso Código, tanto pelo Código de 1940 quanto por sua atualização com a nova Parte Geral de 1984. Conforme Regis Prado: “Por esse sistema, a individualização legislativa é complementada pela judicial, ou seja, a pena se encontra determinada no que concerne às espécies e seu quantitativo, cabendo ao juiz,

observando seus limites mínimo e máximo, fixá-la discricionariamente” (2008, p. 575).

No mesmo sentido Gilberto Ferreira afirma que:

A história demonstrou que a individualização feita exclusivamente pelo legislador não era proporcional sendo, portanto, injusta. Comprovou, também, que deixar a tarefa ao livre arbítrio do magistrado poderia levar a abusos. Chegou-se, então, ao meio termo. O legislador estabeleceria um mínimo e um máximo em valores abstratos para cada crime, deixando ao juiz a incumbência de fixar, dentre esse mínimo e esse máximo, a pena cabível a cada espécie (2004, p. 49).

Nota-se que com o sistema adotado, sistema da relativa determinação, que a individualização da pena ocorre pelo menos em duas etapas ou fases, uma no legislativo e outra no judiciário, contudo não pode ser esquecido que a individualização também tem sua fase administrativa que se estabelece no momento da execução da pena. Assim, verificam-se três etapas ou fases da individualização da pena: legislativa, judiciária e administrativa ou executiva.

No importante estudo realizado por Paulo S. Xavier de Souza (2006) ele demonstra a discussão sobre as três etapas.

Existe corrente doutrinária defendendo a existência somente das etapas judicial e executória, ou seja, uma concepção dualista em que a individualização se iniciaria somente com a atividade do juiz.

Ainda, esclarece o autor, citando Zaffaroni, que há outro conceito binário, em que se teria uma etapa legislativa, com a quantificação dos bens que o condenado pode ser privado, e uma outra etapa com a conexão entre a judicial e a executiva, que seria a aplicação da lei ao caso concreto.

Apesar da discussão, conclui Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 27) que:

No entanto, além das atividades judicial e executiva, a individualização deve abarcar, também, o aspecto legislativo, não só para possibilitar a escolha da quantidade e qualidade da sanção a ser cominada em abstrato; mas, como se verá adiante, diante do implemento da noção de bem jurídico, que importe um conceito mais amplo de individualização (Cap. III. 2.4), esta se caracteriza também pela seleção de condutas individuais ou consideradas socialmente lesivas, que devam ser tipificadas pelo Direito Penal, mediante a elevação de um bem ou valor à categoria de “*bem jurídico-penal*” (Cap. III. 2 ss.).

A ampla conexão do princípio de individualização com o ideal de Estado Democrático pressupõe composição afinada entre as “atividades consideradas individualizadoras”, e não apenas as atividades

legal, judicial (strafzumessung) e administrativa ou executiva, interagindo em planos diferentes (legislativo, judicial, executivo), devendo harmonizar-se para, ao final, atingirem um “fim específico”, ou seja, uma completa individualização da pena, momentos que combinados, convergem-se numa mesma tarefa individualizadora, pretendendo a realização da vontade da lei a um caso específico.

Ante o exposto, para cumprir o papel garantista de um Estado Democrático de Direito, a individualização da pena deve ser pensada nos três planos, no legislativo em que se gradua a proporcionalidade entre o crime e as possíveis penas correspondentes, limitando a atuação do juiz no caso concreto; no judiciário em que o aplicador do direito pode realizar a individualização para um determinado caso concreto dentro dos limites estabelecidos; e, por fim, na execução da pena, quando o apenado cumpre a pena de acordo suas características pessoais e com o crime que praticou.

Não há dúvidas que as três fases ou etapas são extremamente importantes e devem interagir, como disse Paulo S. Xavier de Souza, porém para este trabalho destaca-se a fase judicial, pois seu momento é a sentença, objeto de estudo, e na tarefa do juiz individualizar a pena, conforme as características do apenado, significa respeitar a essência de seus direitos fundamentais.

INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA E A DISCRICIONARIEDADE VINCULADA

Para esta atividade judicial é importante lembrar que se trata de um ato realizado na sentença penal condenatória, por isso, ato processual, e assim, deve estar submetido ao princípio do devido processo legal e da instrumentalidade do processo. Por isso, neste momento será analisada a individualização e sua atividade cumprindo as regras determinadas em lei, mas pensando no devido processo legal processual e substancial e na instrumentalidade do ato processual do ato de individualizar a pena.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida citado por Gilberto Ferreira dizia que:

A individualização da pena, no sentido restrito, é tarefa do juiz, consistente em que, de acordo com as regras da lei, proporcionar a pena, dentro dum certo arbítrio, não só ao fato e as circunstâncias objetivas do fato, mas, sobretudo e principalmente, às condições, às qualidades, aos característicos da personalidade do agente (2004, p. 50).

A atividade judicial processual de individualizar a pena, além de ne-

cessária, é muito importante. Faz parte da técnica jurídica em que o juiz terá que analisar todas as circunstâncias do fato, além da conduta do acusado no momento do crime, bem como, conforme veremos entre as circunstâncias, o passado do acusado, pois, por exemplo, sua conduta social e sua personalidade são colocadas como critérios de individualização.

A atividade do julgador na individualização da pena é discricionária, mas isto não significa liberdade total na avaliação e individualização, conforme já estudado o sistema aplicado em nosso Direito Penal é o da relativa determinação, por isso, o julgador fica vinculado as regras pré-estabelecidas para a determinação da pena e sua individualização. Neste sentido, Luiz Regis Prado explica que: "A individualização judiciária da sanção penal implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios consignados no art. 59 do Código Penal e pelos princípios penais de garantia" (2008, p. 576).

Neste sentido, Luiz Luisi realiza a importante reflexão:

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma "discricionariedade juridicamente vinculada". O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as sua nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. Todavia é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções da vida e do mundo do juiz. Mas como acentua Emilio Dolcini, não existe uma irremediável e insuperável antinomia entre "o caráter criativo e o caráter vinculado da discricionariedade", pois este componente emocional e imponderável pode atuar na opção do juiz determinando-lhe apenas uma escolha dentre as alternativas explícitas ou implícitas contidas na lei (2003, p. 54).

Dessa forma, essa característica discricionária permite ao juiz do caso avaliar as particularidades concretas de um fato, escapando de um "engessamento da lei", usando sua capacidade criativa e sua sensibilidade para a aplicação da pena, por outro lado, em razão do princípio da legalidade que também se aplica a pena, e como garantia da pessoa em relação ao Poder do Estado, a discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites legais.

MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Por fim, outro princípio que deve ser observado na sentença penal e que está inserido na Constituição Federal, o da garantia da motivação da sentença,

prevista na Constituição Federal no art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

A motivação ou fundamentação da sentença serve para o controle da racionalidade da decisão judicial, é a explicação da decisão, o que levou o julgador a conclusão sobre autoria e materialidade (LOPES JR., 2008, p. 196).

Todas as convicções do julgador para uma condenação, bem como todas as circunstâncias aplicadas na individualização da pena, devem ser comprovadas e fundamentadas, para a preservação do caráter garantista do processo penal democratizado pelos valores constitucionais. Conforme Bonato:

Portanto, a fundamentação dos atos decisórios, mesmo que decisão interlocutória, é exigência direta do princípio do devido processo. As motivações decisórias revelam respeito para com a pessoa do acusado e sua dignidade, dando-lhe, inclusive, a oportunidade de poder exercer a ampla defesa em eventual recurso, caso a decisão motivada lhe tenha sido desfavorável (2003, p. 180).

Conforme Tucci, sobre a garantia da motivação dos atos decisórios:

É, portanto, mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida (2004, p. 227).

Por um viés puramente técnico poderia se entender que a garantia da motivação das decisões seria utilizada para que as partes tomassem conhecimento da fundamentação da sentença e pudessem impugná-la, bem como para que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a decisão (FERNANDES, 2002, p. 129).

Contudo, o pensamento atual é que a motivação das decisões é uma garantia de ordem política, bem como de garantia da própria jurisdição, em que os destinatários da decisão não é mais as partes envolvidas no processo e os juízes que analisam recursos, mas sim toda a comunidade interessada na atuação do Poder Judiciário e suas decisões, podendo ter noção sobre os critérios de justiça, imparcialidade e conhecimento da causa dos juízes no momento da decisão (FERNANDES, 2002, p. 129).

Para Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 129): “[...] É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.”

Pensar em obrigatoriedade da motivação dos atos decisórios é pensar no reflexo causado pelo princípio democrático que estabelece limitação ao poder do Estado, principalmente por meio do princípio da legalidade, separação dos poderes e inviolabilidade dos direitos fundamentais. (GOMES FILHO, 2001, p. 75)

A atuação do juiz na sentença é um ato de poder, um ato de jurisdição, sendo que a motivação deste ato permite que a sociedade avalie como este poder está sendo exercido. Com isso, terá acesso aos valores utilizados como fundamento e verificará se tais valores são realmente aqueles propostos pela Constituição, e ainda, se na prática são realmente efetivos para a concretização da dignidade da pessoa humana, da justiça, enfim, dos direitos fundamentais.

No entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 81):

O que a motivação deve propiciar, ao invés, é a comunicação entre a atividade judiciária e a opinião pública, ensejando a apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o direito. Trata-se, no dizer de Ferrajoli, da responsabilidade social a que devem estar submetidos aqueles que exercem essa relevante função e que se exprime na mais ampla sujeição dos provimentos judiciais à crítica da opinião pública.

Importante a lição de Aury Lopes Jr. (2009, p. 331) de que o “juiz é um ser-no-mundo”, desta forma compreende o caso penal submetido ao julgamento de acordo com toda a complexidade que determina sua própria concepção de mundo. Assim, toda a interpretação da lei, do fato e das teses apresentadas pela defesa e acusação, é resultado de uma compreensão formada com toda carga ideológica, sociológica, contextual, existentes na experiência do juiz e da sociedade.

Então, o sentido de imparcialidade não é o mesmo de neutralidade do julgador, esta neutralidade não acontece, o que torna mais importante a obrigatoriedade da motivação de seus atos decisórios para que o resultado de sua atividade expresso na sentença seja limitado pelos preceitos constitucionais, e não atinja arbitrariamente um direito fundamental do acusado por meio da condenação.

CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 os chamados direitos fundamentais, em todas suas gerações, ficaram em evidência, e com isso, emergiu a preocupação de que todo o sistema jurídico infraconstitucional estivesse adequado aos novos valores e preceitos.

O Código de Processo Penal, elaborado em uma época que o indivíduo sofria forte intervenção do Estado, com arbitrariedades em vários institutos, necessitou de uma releitura conforme o novo sistema constitucional e seus valores

democráticos, sob a perspectiva de passar a tratar o acusado não mais como objeto e sim como um sujeito de direitos, respeitando sua vida, sua dignidade, sua liberdade e todos direitos individuais declarados nos documentos de valorização do ser humano de que nosso sistema é adepto.

Surge, então, a democratização do direito processual penal, de todo seu sistema normativo e de seus institutos. Não é mais aceitável um sistema inquisitório, com isso, deve ser ultrapassado o momento do sistema chamado misto e alcançado o sistema acusatório com toda sua repercussão, em principal, a valorização do acusado como sujeito de direitos.

Inserida no mesmo processo democratizante, a sentença como ato processual, momento em que o juiz exerce seu poder jurisdicional, deve ser realizada preservando os valores constitucionais, e mesmo que condenatória, restringindo direitos do apenado, deve ser um instrumento de concretização dos direitos fundamentais, ou melhor dizendo, um instrumento que protege o indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Princípios constitucionais como do devido processo legal, da presunção da inocência, da individualização da pena e da garantia da motivação dos atos decisórios, são de extrema importância na elaboração da sentença, pois garantem que a sentença efetivamente seja um instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, H. J. et al. **Essays on the constitution of the United States**. Tradução Cerqueira, E. G. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BARREIROS, J. A. **Processo penal - 1**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. 547 p.

BONATO, G. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 207 p.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228 p.

CASTRO, C. R. S. de. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 813 p.

_____. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova**

constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 417 p.

CINTRA, A. C. A. de.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 384 p.

COUTINHO, J. N. M. de. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 282 p.

_____. Ampla defesa e direito à contraprova. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 13 n. 55, p. 364-386, jul./ago. 2005.

FERREIRA, G. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. 290 p.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal:** e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 679 p.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MAIER, J. B. J. **Derecho procesal penal:** fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. 918 p.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal.** 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 520 p.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 335 p.

NASSIF, A. Sentença penal: sociedade, conflito e cultura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 826, p. 437-445, ago. 2004.

NUCCI, G. S. de. **Individualização da pena.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 399 p.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 782 p.

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 248 p.

PAULA, J. L. M. de. **Comentários ao código de processo civil:** arts. 444 a

565. Barueri: Manole, 2005. 661 p.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Barueri: Manole, 2002. 259 p.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Curso de direito penal brasileiro, v. 1.

RAMOS, J. G. G. **Curso de direito penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 288 p.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 925 p.

SÁNCHEZ, A. S. **El debido proceso penal**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 321 p.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 926 p.

SILVEIRA, P. F. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 712 p.

SOUZA NETTO, J. L. de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SOUZA, P. S. X. de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006. 359 p.

TOURINHO FILHO, F. C. da. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 968 p.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 477 p.

CRIMINAL SENTENCING AND THE CONSTITUTION: A PROCEDURAL INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: This paper is the result of a research project developed together with law students. Its objective is to analyze the criminal sentence inserted in a democratized criminal procedure, according to the fundamental rights declared

in the Constitution of 1988. Principles such as due process, assumption of innocence, individualization of punishment and motivation of decisions characterize the criminal sentence as an instrument for the protection of the person and his fundamental rights.

KEYWORDS: Constitution. Criminal procedure. Sentence. Fundamental rights.

SENTENCIA PENAL Y CONSTITUCIÓN: UN INSTRUMENTO PROCESUAL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

RESUMEN: Este artículo es resultado del proyecto de investigación desarrollado en conjunto con alumnos del curso de derecho. Su objetivo es analizar la sentencia penal insertada en un proceso penal democratizado, conforme los derechos fundamentales declarados en la Constitución Federal de 1988. Principios como el debido proceso legal, presunción de la inocencia, individualización de la pena y motivación de las decisiones que caracterizan la sentencia penal como un instrumento de protección a la persona y de sus derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Constitución. Proceso penal. Sentencia. Derechos fundamentales.