PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS?

Joelma Safira de Menezes Reis é bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduada em Ciências Penais e Direito Público e ex-aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese).

RESUMO: Diante das inovações introduzidas no Código de Processo Penal, este estudo busca distinguir uma decisão meramente legal e uma verdadeiramente justa, visando estabelecer um novo perfil para o julgador em face das provas mal ou insuficientemente elaboradas, destacando a necessidade de uma postura garantidora do juiz constitucional na concretização de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Inovações; Código de Processo Penal; Artigo 156; produção; prova; Estado-Juiz.

ABSTRACT: Face of innovation introduced in Code of Criminal Procedure, this study seeks to distinguish a legal decision and a truly just decision to establish a new profile to the judge in the face of evidence badly or insufficiently elaborate, emphasizing the need a guarantor of the constitutional position in the concrete of a Constitutional State and Democratico of Law, where criminal law should be last instrument to be used for social peace.

KEYWORDS: Innovations; Code of Criminal Procedure; Article 156; production; test; State Judge.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A atual interpretação dos princípios constitucionais penais pelo Estado-juiz; 3. Uma interpretação constitucional da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal; 4. A jurisdição no Direito Penal Mínimo; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo busca analisar como deve agir o magistrado frente a uma prova mal ou insuficientemente elaborada, buscando-se equacionar a segurança da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista que estamos sob a égide de um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Faz-se uma explanação de como deve ser desenvolvida a Política Criminal moderna, dentro de uma perspectiva constitucional.

A partir da abordagem dos princípios constitucionais penais, analisa-se o papel das partes do processo na instrução probatória, tudo em consonância com direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Aborda-se como o magistrado deve proceder no caso de dúvidas sobre pontos relevantes do processo, ressaltando a importância de despir-se dos preconceitos e dos pré-julgamentos, destacando-se a necessidade de o juiz se manter independente, imparcial e distante das especulações da mídia, que exige um julgamento rápido, o que não necessariamente é o mais justo.

Busca ainda distinguir uma decisão meramente legal e de uma decisão verdadeiramente justa, diante de uma visão globalizada do respeito aos direitos humanos e do exercício pleno da cidadania.

Fala-se sobre a celeuma acerca da postura do juiz quando não há provas suficientes nos autos para o julgamento, questionando-se se ele deve ou não determinar a produção de provas de ofício. Indaga-se ainda se há ou não limitações ao poder punitivo do Estado frente aos princípios constitucionais penais.

Analisa-se ainda a mudança de paradigmas com a passagem do período da vingança privada para o tempo em que se delega a um terceiro, o Estado-juiz, a solução dos conflitos, ressaltando-se a necessidade de abandono das antigas práticas típicas do período da inquisição, onde o acusado era visto como uma coisa, como um mero objeto da investigação e não como um ser humano. Ressalta-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce de toda e qualquer interpretação e aplicação da norma jurídica.

Por fim, faz-se um estudo sobre o atual papel do juiz de garantidor da aplicação das normas e dos princípios constitucionais penais no Estado Democrático e Constitucional de Direito e no chamado 'Direito Penal Mínimo'.

2. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios são os vetores para a interpretação do juiz e para a atuação dos demais operadores da Ciência Jurídica. Verifica-se que no Estado Constitucional e Democrático de Direito relevante valor se atribui aos princípios. Por isso, faz-se necessário conhecer um pouco melhor sobre os principais princípios constitucionais e processuais penais que orientam o Direito Processual Penal e o Direito como um todo.

Alguns desses princípios estão explícitos no texto constitucional e outros implícitos, o que demanda um trabalho interpretativo do operador do Direito. Para melhor orientar a atuação do juiz constitucional, abaixo constam ponderações sobre qual a melhor maneira de interpretar e aplicar os principais princípios penais e processuais penais.

2.1 IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A razão de ser do processo é a necessidade dos julgamentos serem proferidos por um terceiro imparcial. A imparcialidade do juiz não está prevista expressamente na Constituição Federal, mas é decorrência da garantia constitucional do juiz natural. A independência e a imparcialidade estão previstas expressamente na Convenção Americana de Direito Humanos, convenção ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que se tornou conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que, em decorrência da dupla compatibilidade vertical, também deve ser observada.

> Ao menos nos países onde a democracia já alcançou certo grau de aperfeiçoamento, a obrigatoriedade de as contendas serem decididas por um juiz imparcial é inerente à própria ideia de jurisdição. Se o Estado avocou para si a função de "dizer o direito", e, mais especificamente no processo penal, a função de condenar ou absolver o acusado, o mínimo que se espera é que essa atividade seja realizada com total isenção. (TAYLOR, 2007, p. 5).

Um dos postulados do sistema garantista, é a separação das atividades de

julgar e acusar. Assim, *nullum iudicium sine accusatione*. O Ministério Público atua como agente exclusivo da acusação, através da ação penal, garantindo a imparcialidade do juiz e evitando que o juiz tenha iniciativa probatória e acabe substituindo as partes no processo. A imparcialidade é entendida por TÁVORA (2009, p. 61) como "característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzir com isenção o processo".

A imparcialidade do juiz exige que ele se afaste das atividades preparatórias, até porque é ele o responsável pela avaliação da força probante e da legalidade das provas apresentadas. Assim, a imparcialidade exigida é com relação às partes, ao processo e sua fase antecedente. Esse mesmo critério deve ser utilizado para impedir que o juiz que atuou no primeiro grau de jurisdição possa atuar no julgamento do mesmo processo, na fase recursal, sob pena de ofensa à garantia da imparcialidade.

A parcialidade é inerente às partes, pois se trata de um estado anímico, subjetivo e emocional, sendo inadmissível para o magistrado, que deve se manter equidistante. Desta forma, o juiz deve ficar distante da iniciativa probatória.

> Distanciamento não tem aqui o significado de inação. Na investigação, o juiz deve agir, quando solicitada a autorização para a prática de algum ato que o ordenamento lhe reservou exclusiva competência (reserva jurisdicional). Também agirá, e até mesmo de ofício, para corrigir alguma ilegalidade praticada por qualquer autoridade investigante. É essa a forma pela qual exercerá o controle da investigação, assegurando a proteção dos direitos fundamentais do investigado – desempenhando, assim, aquilo que é seu verdadeiro papel na fase pré-processual da persecução penal. (CALABRICH, 2007, p. 155)

O magistrado é um terceiro estranho no processo, que não partilha dos interesses e dos sentimentos das partes litigantes, com uma postura externa do processo, examina o litígio com serenidade e desapego. O juiz está acima das partes. O motivo que o leva a julgar não é um interesse pessoal e nem é movido pelos sentimentos individuais existentes no conflito, o interesse que o move é um interesse superior de ordem coletiva, para que a contenda

se resolva de modo pacífico, a fim de preservar a paz social.

Convém destacar que o juiz constitucional não é um mero espectador, mas é acima de tudo um garantidor da legalidade da investigação e do processo. Na hipótese de qualquer violação ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, deve agir, seja de ofício ou sob provocação do interessado, assumindo assim uma nova posição frente ao Estado Constitucional, Democrático e Humanitário de Direito.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo MARTINELLI (2000, p. 1), "a presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois, através dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual". A garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deverá ser mantida, inclusive com relação à produção de toda a carga probatória que irá embasar o convencimento do magistrado.

A constatação do delito e a aplicação da pena deverão ser por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença, onde o juiz tem liberdade para apreciar as provas apresentadas pelas partes. Para LOPES (2008, p. 12), "isso obriga o juiz a não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)".

Importante observação foi feita por MARTINELLI (2000, p. 1) quando abordou o tema presunção de inocência e a não culpabilidade em um tópico de seu artigo disponibilizado na *Internet.* O princípio da presunção de inocência coloca o réu em situação positiva, enquanto o princípio da não culpabilidade o deixa em posição neutra dentro do processo. Convém, no entanto, salientar que, tecnicamente, ambos os princípios são iguais e, na prática, alcançam os mesmo efeitos. O que se rechaça é a presunção de culpabilidade, pois, *a priori* todo acusado é presumidamente inocente, não culpável.

Convém ainda destacar que, em decorrência da presunção de inocência tem o acusado a garantia contra a auto-incriminação. Embora a confissão seja tida doutrinariamente como a "rainha das provas", não se pode, no processo penal, constranger a isso o acusado. Vale dizer: confissão, só espontânea e/ou voluntária. Qualquer informação obtida do réu (ou mesmo de testemunha)

mediante coação configurará o crime de tortura, previsto na Lei nº 9.455/97. Esta garantia está consagrada também nos Estatutos Internacionais, como no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8º, § 2º, g) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 3º, g).

A presunção de inocência não deve se limitar apenas ao campo processual. Em virtude do seu imensurável poderio e repercussão social, a imprensa também deve observar este princípio para não deixar sequelas no acusado, que terão que ser suportadas ao longo de toda uma vida, uma vez que o suposto autor do fato pode ser comprovadamente inocente.

No caso de erro do Judiciário, nada fará com que a imagem do apenado volte a ser como antes. Nem mesmo uma grande indenização será suficiente para repará-lo pelo dano sofrido. Não há nesta forma de agir uma defesa da censura, só a exigência de prudência dos responsáveis pela transmissão das notícias.

2.3 LEGALIDADE

Este princípio, que tem evidente interesse processual, não se acha colocado apenas no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, onde se anuncia que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Ele está também consagrado no Código Penal, no artigo 1º, quando diz "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não pena sem prévia cominação legal". Além da exigência da anterioridade penal, o legislador deixa clara a necessidade de lei para a definição de um delito.

Na ausência de lei nenhum indivíduo submete-se à vontade do Estado. Processualmente, para que ocorra a sujeição do acusado às regras procedimentais e às restrições próprias do processo penal, exige-se um *plus*, que a lei tenha sido produzida pelo ente competente, que, neste caso, é a União Federal e que se trate de lei formal e lei material.

A lei no Estado Democrático de Direito tem grande relevância, tendo em vista que o primado da legalidade é o seu sustentáculo. A essência do seu conceito é subordinar-se à Constituição e fundar-se numa legalidade democrática. Assim, o perfil do julgador não deve ser de um mero aplicador da letra fria da lei. Exige-se um papel mais ativo do magistrado na harmonização do ordenamento jurídico. O Direito é um todo, que não pode ser estudado e interpretado de forma separada e estanque.

DALLARI (1996) ensina que os juízes, no Estado moderno, são agentes

do povo, de quem recebem o poder por delegação, e não mais agentes do rei ou de aristocratas poderosos. Assim, na qualidade de agentes do povo, o Poder Judiciário e os juízes têm um papel constitucional a ser cumprido, que é a atualização de concepções e a superação do legalismo formalista. O conservadorismo reflete uma atitude de acomodação. O desapego dos aspectos formais deve ser feito por todos os aplicadores e estudiosos do Direito, para que a ciência evolua e atenda a nova realidade mundial. A lei deve ser interpretada e não simplesmente aplicada. Ela se configura num limite mínimo para o julgador solucionar um conflito, cabendo ao juiz ajustá-la aos ditames constitucionais.

Uma decisão estritamente legal, nem sempre é a mais justa. A realidade social muda e muitas vezes a norma não consegue acompanhar o avanço da sociedade. Desta forma, a justiça de uma decisão deve ser aferida levando-se em consideração muitos aspectos e não apenas a legalidade na sua acepção estrita.

2.4 CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Deve-se observar também o contraditório, ampla defesa (com todos os meios e recursos a ela inerentes) e o devido processo legal. Segundo ARAS (2001, p. 15), o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal correspondem ao movimento democratizante, humanizador e garantista do processo penal.

A defesa é um direito do acusado, decorrente da presunção de inocência, e está expresso no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal, constitui-se numa garantia tanto do acusado como do próprio processo. Vale asseverar que, a defesa técnica, ou seja, a efetuada por profissional, é obrigatória, enquanto que a autodefesa, realizada pelo próprio acusado, é facultativa, dependendo apenas da vontade da parte. A autodefesa pode ser feita pelo acusado nas oportunidades que tiver para falar nos autos, como no interrogatório ou nos recursos.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, através da Súmula 523, que passo a transcrever: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Mais uma vez aqui se afirma o postulado da presunção de inocência do acusado.

Do texto da Súmula acima transcrita fica claro que se o acusado não tiver condições de pagar um advogado fará jus a um defensor público, advogado pago pelo Estado. O que não pode ocorrer é a ausência de uma defesa técnica. Se no Juízo não houver defensor público vinculado àquela Unidade Jurisdicional, cabe ao juiz nomear um defensor dativo, devendo sempre ser garantida a defesa do acusado.

Segundo ARAS (2001, p. 14), há situações em que o contraditório (acusação e defesa, prova e contraprova) não pode ser garantido desde logo, tendo sua aplicação diferida, postergada. É o que ocorre, por exemplo, com o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, regulado pela Lei n. 9.296/96, em que não se pode em nenhuma hipótese anunciar previamente ao investigado a realização da diligência de escuta judicialmente autorizada, sob pena de total insucesso da investigação criminal. Neste caso, a ampla defesa está assegurada, só que o contraditório será exercido depois, na fase processual. O mesmo entendimento se aplica para os pedidos de quebra de sigilo bancário.

Atrelado à ampla defesa está o princípio do contraditório que carrega consigo o livre debate, a livre produção de provas e o direito do acusado omitir-se ou calar-se, até porque, muitas vezes, o silencia também pode ser uma estratégia de defesa. Como parte, deve agir da forma que melhor lhe convier para manter-se em liberdade ou para convencer o julgador a aplicar uma pena reduzida ou alternativa.

Observando o contraditório e a ampla defesa, acaba por observar também o devido processo legal. FIGUEIREDO (2007, p. 9) conceitua o devido processo legal penal como sendo: "o equilíbrio entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, no qual nenhum indivíduo será privado de sua liberdade sem a devida observância do trâmite adequado para tanto".

Vale lembrar que o constituinte não pormenorizou todos os passos que um processo deve seguir para que receba o título de "devido". Ele criou uma fórmula aberta, limitando-se a prever a obrigatória observância do devido processo legal por aqueles que do processo participam, em especial o magistrado, que preside toda a instrução probatória. Vale asseverar que o devido processo legal conta com duplo sentido:

> (a) *judicial due processo f law (fair trial/judicial process) (devido processo judicial ou procedimental)*: todos os processos, isto é, todas as atividades persecutórias devem seguir as formalidades legais e respeitar

> estritamente as garantias do devido processo legal; (b) *substantive due process o law (devido processo legal substantivo)*: a criação dessas regras jurídicas também possui limites. O legislador deve produzir regras 'justas'. A produção legislativa tem limites formais e substanciais (Ferrajoli): não só deve seguir o procedimento legislativo como deve ser proporcional, equilibrada. (GOMES, 2005, p. 11)

Pode-se falar que o devido processo legal ou processo justo, protege o indivíduo tanto no campo do direito material como do direito processual. Visa tutelar a liberdade de ir e vir do ser humano, bem como a igualdade de condições para atuar no processo.

Assim, processo justo não é aquele que é decidido rápido, apenas para atender aos anseios da sociedade e/ou da mídia, mas sim aquele que o obedece a um mínimo de regramentos pré-determinados na lei, até porque, não existe crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, conforme estabelece o Estatuto Penal pátrio e a própria Constituição Federal. Deste modo, antes de qualquer sanção ser aplicada, aquele que se encontra na condição de réu deve passar por um cuidadoso procedimento de averiguação das provas e de todos os elementos que compõem o delito.

2.5 IGUALDADE PROCESSUAL

O Ministério Público quando acusa, expressa o interesse punitivo do Estado, já a defesa quando exerce o seu papel, garante o equilíbrio processual, pois expressa o interesse do acusado de livrar-se solto e protege-o de penas arbitrárias e desproporcionais, garantindo uma igualdade processual, consagrada pela Carta Magna como um direito fundamental.

Convém ressaltar que a igualdade pregada no texto constitucional é a igualdade formal e material, que consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente na medida das suas desigualdades, sendo lícitos os tratamentos diferenciados conferidos para pessoas em situações processuais diferentes.

> [...] a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na

> lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém, a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada (NOBRE JÚNIOR, 1993, p. 6)

Partindo desse entendimento, parte da doutrina defende que os prazos dilatados para o Ministério Público não afronta o princípio da paridade de armas. O grande número de processos e o reduzido quadro de promotores exigem esse tratamento diferenciado, sob pena de não ser realizada de forma eficiente e equânime a defesa da sociedade. O mesmo raciocínio é aplicado para a Defensoria Pública, apesar de não estar expresso. As distinções conferidas são expressões do princípio da igualdade em sua dupla acepção.

MARTINELLI (2000, p. 8) fazendo uma análise sobre o tema acrescenta que "De nada adianta um país com leis absolutamente humanistas, onde o Estado garante todos os meios de subsistência, as pessoas são igualmente tratadas, [...], se, na realidade fática, esses mesmos preceitos legais não ultrapassam as barreiras da utopia". Daí decorre a necessidade de políticas públicas para garantir o acesso à justiça em igualdade de condições.

2.6 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A necessidade da fundamentação das decisões faz-se necessária para que se possa avaliar a racionalidade e consequente legalidade da conclusão do magistrado. Só provas robustas podem derrubar a garantia constitucional da presunção de inocência do acusado. Desta forma, quando o magistrado não estiver seguro quanto à condenação do acusado, deverá absolvê-lo em atenção ao princípio processual penal do *in dubio pro reo, favor rei.*

Trata-se de uma autêntica garantia fundamental, sendo o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao Judiciário. Numa democracia, o Estado não deve intervir além do necessário e deve fundamentar sua atuação a fim de que possa ser realizado um controle de sua atuação, até porque, como já dito anteriormente, o poder de punir do Estado não é absoluto e onipotente.

> A motivação das decisões é o meio pelo qual o juiz

> expõe todo o raciocínio de seu convencimento ao dizer o direito no caso concreto. Portanto, as razões de decidir – *ratio decidendi* – é que irradiam o grau de justiça de uma decisão. Ao publicar a sentença, os papéis sociais se invertem e o julgamento popular recai sobre o *decisum*. Esta transparência jurídica é o mais insigne instrumento de democracia e cidadania. Através dela se tem o "termômetro social", a censura ou a aprovação. A sociedade passa a ter força política controladora de seu próprio direito. (MARTINS, 2003, p. 168)

Convém asseverar ainda que o princípio da fundamentação das decisões não incide apenas sobre as decisões dos magistrados. É exigido também para as manifestações do parquet e demais atos processuais, pois é requisito de todo e qualquer ato administrativo. A ausência de motivação pode levar a invalidade do ato, até porque, impossível seria para o acusado se defender de algo que não conhece as razões.

2.7 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Além de motivar suas decisões, o juiz que atua segundo os ditames constitucionais deve agir com proporcionalidade e razoabilidade. A letra fria da lei nem sempre se coaduna perfeitamente com o caso concreto, por isso o magistrado tem que tentar equilibrar a norma ao bom senso, à verdadeira justiça.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são corolários de uma ordem jurídica na qual a Constituição Federal assume o ápice do sistema normativo. Essa supremacia da Constituição constitui o ponto de partida para a sua compreensão.

> Trata-se de postulado jurídico-diretivo que permite ao Judiciário controlar os efeitos dos atos do Executivo e do Legislativo, coibindo expressamente os atos excessivos. O Estado Democrático de Direito, em verdade, se constitui em um Estado de Legalidade Proporcional, em que todas as normas jurídicas de cerceamento das liberdades

> individuais devem possuir meios adequados a persecução de seus fins. (FIGUEIREDO, 2007, p. 14)

Convém asseverar que o princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto na Constituição de 1988, mas se pode extrair implicitamente de alguns dispositivos constitucionais. A razoabilidade impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, exigíveis também do magistrado. Grande parte da doutrina e da jurisprudência emprega os dois termos indistintamente, como sinônimos. Mas há doutrinadores que os distinguem, como o que abaixo passo a transcrever.

> Inicialmente, insta destacar que, quanto à origem, a razoabilidade trata-se de uma construção da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ao passo que a proporcionalidade se trata de instituto oriundo da academia germânica. Por sua vez, quanto à finalidade, a razoabilidade objetiva garantir a devida observância da função social dos atos do Poder Público, sendo criado, precipuamente, para a revisão judicial das leis. Em relação à proporcionalidade, essa tem por fim evitar a prática de excessos e abusos por parte do Poder Público, sendo criado como instrumento de controle judicial dos atos administrativos. (FIGUEIREDO, 2007, p. 15)

Inobstante as distinções acima expostas, depreende-se que ambos os princípios objetivam a adequação dos meios aos fins para a concretização de um Estado Democrático de Direito. Convém destacar que a proporcionalidade e a razoabilidade são bastante exigidas do magistrado quando este faz a valoração das provas. O tema ganha ainda maior relevância quando se trata de provas ilícitas, que são vedadas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo este argumento muito usado pela Teoria Obstativa.

> [...] Teoria Obstativa, propugna pela inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, a aludida teoria apóia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, fulcrando-se no argumento de que a própria Constituição, ao vedar o uso da referida prova, retirou a matéria da discricionariedade do

> julgador e vedou assim a possibilidade de ponderação sobre os valores em jogo. (COSTA, 2007, p. 2)

No outro extremo tem-se a Teoria Permissiva que preconiza ser melhor admitir uma prova obtida ilicitamente, do que deixar um infrator esconder-se atrás de direitos e garantias individuais com a finalidade de praticar delitos.

> A Teoria Permissiva entende que a prova obtida ilicitamente sempre deverá ser reconhecida no ordenamento jurídico, calcando seu entendimento no fato de que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova e não ao seu conteúdo, pois a finalidade do processo penal é a busca pela verdade real, e se a prova mesmo que obtida ilegalmente demonstrar ao juiz esta verdade, não poderá ser a prova extirpada do processo. (COSTA, 2007, p. 2)

COSTA (2007, p. 2) acrescenta que há ainda as Teorias Intermediárias, as quais têm como alicerce de sua estrutura a relatividade dos direitos e garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal. Nestes casos é que o papel do juiz constitucional mais se destaca, pois deverá efetuar um balanceamento dos princípios que estão em questão, fixando uma prevalência e verificando no caso em análise qual o direito constitucional que prepondera. A crítica que se faz a estas Teorias Intermediárias é que elas deixam nas mãos do juiz um grande poder e nem todo magistrado sabe fazer e/ou faz a ponderação dos princípios constitucionais.

Os doutrinadores mais modernos destacam que com a evolução da sociedade exige-se um aperfeiçoamento do magistrado e dos demais operadores do direito, pois, já não se aceita mais um mero aplicador de fórmulas pré-estabelecidas. Exige-se um verdadeiro trabalho interpretativo e valorativo das normas, observando-se que o Estado é um meio para a concretização dos princípios, valores basilares de uma sociedade, que são o fim a ser alcançado por verdadeiro Estado Democrático e Constitucional de Direito, que coloca a dignidade da pessoa humana como bem supremo a ser assegurado.

2.8 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todas as garantias acima narradas existem para dar efetividade à garantia

maior que é a dignidade da pessoa humana, corolário de um Estado Constitucional e, acima de tudo, Humanitário de Direito. Nesse sentido já se posicionou o professor Luis Flávio Gomes, na 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais.

> A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas. (GOMES, 2008, p. 4)

NOBRE JÚNIOR (1993) destaca que é necessário ter em mente que a observância das consequências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade é imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano para evitar que o indivíduo seja submetido a qualquer sorte de menosprezo, quer pelo Estado, ou pelos demais indivíduos.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa nitidamente aquele que há de ser considerado como fonte suprema do Direito e o maior de todos os valores, o ser humano. Segundo TOSCHI (2003, p. 1), "representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico". Garantindo-se um processo justo a todo e qualquer acusado, independentemente da gravidade do crime cometido ou da maldade de quem o praticou, garantir-se-á a dignidade da pessoa humana. Por isto, o processo deve seguir um mínimo de regras e garantias pré-estabelecidas pelo poder soberano para que não ocorram ilegalidades e arbitrariedades.

Ainda posicionando-se sobre o tema TOSCHI (2003, p. 1) diz que "num Estado Democrático de Direito, um fato punível deve ser encarado tendo em vista a finalidade do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos penais". Assim, segundo o princípio da ofensividade ou lesividade, só a lesão

ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma deve ser objeto do Direito Penal.

> O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas. GOMES (2007, p. 3)

Lembrando-se que a dignidade da pessoa humana deve ser observada durante toda a instrução processual, pois, segundo o artigo 5°, inciso LVII da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Desta forma, o acusado de ato ilícito tem o direito de ser tratado com dignidade enquanto não se solidificam as acusações, já que se pode chegar a uma conclusão de que o mesmo é inocente. Este princípio deve ser observado na fase pré-processual, durante o processo, pois o texto constitucional abandonou a ideia de presunção de culpabilidade do sistema inquisitivo, e mesmo após o trânsito em julgado.

> A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício os direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (Moraes, 2000, pág. 60).

Quando se cuida de processo penal, ou seja, da concretização do *jus puniendi* do Estado em confronto com o *jus libertatis* do indivíduo, ganham importância, em especial, as diretrizes inseridas no art. 1º, incisos II e III,

da Constituição Federal, respectivamente, a "cidadania" e a "dignidade da pessoa humana".

Valor básico que fundamenta todos os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana tem sido violada constantemente em prol de uma pretensa segurança e da busca exacerbada pela verdade real no âmbito do processo penal. Mesmo em períodos de grande clamor popular por penas mais severas e maior repressão à violência, inexiste qualquer justificativa para afronta aos ideais democráticos e humanitários, cuja preservação é imprescindível.

> Com efeito, não se pode conceber um processo penal que não tenha como norte a ideia de cidadania, tanto da vítima e de seus familiares, quanto do indiciado, réu ou sentenciado. O processo penal deve ser inclusivo, e não excludente. Do mesmo modo, é inimaginável manejar o direito processual penal sem ter em conta, também como pólo orientador, a noção de dignidade da pessoa humana. (ARAS, 2001, p. 2)

Segundo BOLDT (2006), ao se permitir que o Estado viole o princípio da dignidade da pessoa humana em prol de uma sensação passageira de segurança, o cidadão não se encontra mais protegido, muito pelo contrário, reduz suas defesas contra ingerências do poder público. Poderes ilimitados abrem espaço ao arbítrio e ao autoritarismo, o que é extremamente perigoso.

No cumprimento de pena, a condição humana do condenado também deve ser preservada, pois este perde somente alguns direitos. A perda pode atingir sua liberdade de locomoção, alguns direitos da cidadania, o seu patrimônio, mas não a dignidade, a privacidade, a liberdade de pensamento ou de crença, muito menos a vida.

> Tão necessário quanto a proteção da dignidade da pessoa humana pela Constituição, é a sua promoção, afinal, concretizar as normas e valores constitucionais é realizar a finalidade precípua da Constituição no seio da sociedade e no cerne do sistema jurídico. Somente a partir da consideração da dignidade da pessoa humana como um paradigma geral e imperativo no âmbito do sistema penal e mediante a efetiva superação de todos os fatores degradantes da condição humana é que se poderia

concretizar o ideal humanitário. (BOLDT, 2006, p. 4)

O direito penal e o processo penal têm tratado o ser humano como coisa, negando a condição humana ao acusado, transformando-o em simples objeto do processo. Vale asseverar que o processo deve ser visto como o instrumento necessário à realização e à efetivação dos fins democráticos consagrados na Constituição brasileira. Assim, assegurar a dignidade da pessoa humana é vital para a consolidação de uma verdadeira democracia substancial ou social e da cidadania, fundamentos consagrados na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário.

3. UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal pátrio, que data de 03 de outubro de 1941, por força da influência ditatorial da época, possui diversos dispositivos de seu texto que exteriorizam os ideais inquisitórios que fundamentavam o processo penal daquele momento da história, onde o autor do fato era visto apenas como mero objeto da acusação.

Naquela época, ao contrário dos dias atuais (principalmente a partir da Constituição de 1988), não se enxergava qualquer conteúdo ético-político no processo, que era visto como mero instrumento para imposição de pena.

Hoje, o processo tem uma aparência distinta, embora continue sendo aceito como caminho para a condenação, é também avistado sob outra perspectiva, surgindo como instrumento de garantia do réu e de contenção do arbítrio estatal. Da necessidade de adequação processual aos novos ditames constitucionais, foi editada e aprovada a Lei 11.690 de 2008, que trouxe muitas inovações para o processo penal brasileiro.

A nova redação do artigo 155 positiva o já antigo e consolidado entendimento jurisprudencial, segundo o qual a convicção do juiz não pode se fundamentar em elementos colhidos durante as investigações pré-processuais, tais como o inquérito e outras peças informativas, porquanto é necessário observar o contraditório judicial. Mas o dispositivo faz uma ressalva: as provas produzidas antecipadamente, ou seja, antes do início da ação penal, cuja produção não for passível de repetição, podem ser utilizadas para a formação do convencimento do juiz.

Complementando a disciplina do dispositivo anterior, a nova redação do

artigo 156 do referido Código, após tratar da regra geral de distribuição do ônus da prova, segundo o qual a prova cabe a quem fizer a alegação, prevê, em seu inciso I, que o juiz pode ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, quando forem urgentes e relevantes, segundo critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida.

Essa é uma inovação interessante, porque introduz no processo penal algo similar à ação cautelar para produção de prova, existente no processo civil. Por fim, o inciso II reitera a antiga redação do dispositivo, e confere poder instrutório ao juiz.

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Grande celeuma tem causado essas inovações, em especial a possibilidade conferida ao magistrado de determinar, no curso da instrução ou mesmo após o término dessa etapa processual - mas desde que antes de proferir a sentença -, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante do processo, independentemente de provocação das partes.

Parcela considerável da doutrina nacional defende a recepção dessa alteração processual pela Lei Maior brasileira, sendo a atividade probatória levada a efeito pelo julgador reflexo da regra segundo a qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, não restando infração a nenhuma garantia constitucional. Neste sentido, NUCCI (2004) para quem a atuação de ofício pelo juiz trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial.

Outra parte da doutrina defende que o processo penal é, antes de tudo, um sistema de garantias face ao uso do poder punitivo do Estado, sendo o

argumento da busca da verdade real insuficiente para fundamentar a violação às garantias constitucionais, como a presunção de inocência.

AVOLIO (1999, p. 161) defende que "[...] a verdade a ser alcançada é a verdade judiciária, que pressupõe a observância do contraditório, baseado em critérios de admissibilidade das provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana [...]".

Argumenta-se que é um erro dar mais valor a uma lei ordinária do que a Constituição da República, bem como não se pode atribuir ao magistrado a função de proteger a sociedade, papel este do Ministério Público, que, acima de tudo, é o fiscal da lei. Admitir a defesa da sociedade contra delinquência pelo juiz seria o mesmo que se legitimar um Direito Penal do Inimigo, suplantando-se todas as garantias já asseguradas pelo Poder Constituinte Originário.

CALABRICH (2007, p. 46) afirma que é evidente o prejuízo ao investigado em que seja o fato apurado por alguém dotado de poderes jurisdicionais, com toda dimensão nisso embutida (amplíssima possibilidade de determinar medidas constritivas pessoais e reais, como prisões e sequestros, e medidas investigatórias, interceptações e buscas domiciliares).

O constituinte originário não tutelou a busca da verdade real. Isso se torna bem claro não só pela observância de várias das disposições do artigo 5° da Constituição Federal, mas também pela leitura do dispositivo que inaugura a Carta Política. Ali, no inciso III, ao lado de outras garantias que só vêm a reforçá-la, consta que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Desta feita, na tensão entre respeito aos direitos do acusado e busca desenfreada pela condenação, deve ser dada prevalência ao primeiro interesse.

> Ademais, diante do desprezo à constitucionalização do processo penal, torna-se fundamental lutar por um modelo de justiça garantista, que propugna pela tutela dos direitos fundamentais, afinal, a luta pelos direitos não é apenas uma garantia de efetividade da democracia. É além disso, ela mesma forma de democracia política, paralela àquela institucional e representativa. (FERRAJOLI, 2002, p. 757).

A produção de provas de ofício pelo juiz fere ainda o princípio da oficialidade da ação penal, que pertence ao Ministério Público, e,

consequentemente, o sistema acusatório, onde as funções de acusar, defender e julgar deve pertencer a pessoas distintas.

Para SANTOS (2008, p. 3), ao disciplinar que é cabível ao magistrado ordenar, de ofício e antes da ação penal, a produção de provas em busca da almejada verdade real, o dispositivo em questão estabelece uma regra aplicável ao processo civil, onde o ônus da prova cabe a quem alega. No âmbito processual penal esta regra é inaplicável, por ser o ônus da prova incumbência da acusação, devido aos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Julgados há também neste sentido:

> [...] O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência [...]". (HC 27.684 do STJ, relator Min. Paulo Medina).

O poder criador do juiz, quanto às provas, importa na premissa de que o mesmo pode e deve de ofício, buscar todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca dos aspectos suscitados nos autos e das suas implicações, ainda que não explicitadas pelas partes. Contudo, convém asseverar que nenhum juiz ordena (assim como nenhuma parte requer) a produção de uma prova sem saber exatamente o que deseja encontrar. Ao fazê-lo, no mínimo, deduz que a evidência buscada servirá para condenação ou para absolvição do acusado.

> A postura de um juiz "protetor da sociedade", além de inconstitucional (viola o princípio da imparcialidade, apenas para mencionar a agressão mais evidente), é típica de Estados totalitários, onde "**a hegemonia estatal é fortalecida em detrimento dos direitos individuais**." Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, ninguém pode deter poderes absolutos (aliás, essa é a verdadeira síntese do conceito de Estado Democrático de Direito). E, quando o

> modelo processual acusatório não é respeitado, é justamente essa espécie de poder (absoluto) que o juiz possui no processo**. A denúncia criminal serve como mero estopim para o exercício da inquisição**. (TAYLOR, 2007, p. 9). (grifos do autor)

Uma parte mais temperada da doutrina defende o caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz, pois, nem toda dúvida surgida ao longo do processo justifica a atuação de ofício do magistrado, mas somente aquela fundada em alegações e indícios dotados de um mínimo de razoabilidade.

Para garantir a efetividade das garantias constitucionais, elas deverão ser determinadas de ofício pelo juiz, o que não se admite é que elas sejam determinadas para fundamentar uma condenação, uma vez que o papel de acusar é do Ministério Público e o acusado goza da presunção de inocência.

> As falhas humanas sempre se manifestam, portanto, devem-se adotar etapas cautelosas durante o processo. No caso de dúvidas a respeito de fatos ou provas, a decisão judicial caminha sempre em sentido ao benefício do réu. É preferível absolver um culpado a condenar um inocente, como expressam os princípios mais básicos do Direito. (MARTINELLI, 2000, p. 8).

A lei penal se restringe àquilo que seu texto declara, exceto quando sua alteração interpretativa gerar benefício ao imputado. Lembrando que interpretação extensiva na seara penal é vedada e a analogia só pode ser usada para beneficiar o réu.

Assim, constata-se que no Estado Constitucional e Democrático de Direito o importante é fazer uma seleção constitucional, distinguindo-se as regras vigentes e válidas daquelas vigentes, mas inválidas, sempre segundo os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade. O magistrado deve agir com bom senso, não ficando adstrito à letra fria da lei, que nem sempre faz justiça no caso concreto.

4. A JURISDIÇÃO NO DIREITO PENAL MÍNIMO

Jurisdição significa dizer o direito. O magistrado é que realiza esta função ao dizer qual o direito que melhor se coaduna com o caso concreto

submetido ao seu julgamento.

O atual papel do juiz na jurisdição penal é, além de jurídico, social. O magistrado tem que ter em mente que o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para alcance da paz social. A pena, na forma como vem sendo aplicada, não recupera o apenado. Pelo contrário, muitas vezes, a estada do réu nos Complexos Penitenciários o profissionaliza, tornando-o uma pessoa pior e sem condições de retorno para o seio da sociedade.

Deve-se observar o Princípio da Intervenção Mínima que, embora não esteja expresso no texto constitucional, traduz duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Segundo SPOSATO (2008, p. 6) "A fragmentariedade para o Direito Penal implica a seleção de bens jurídicos ofendidos a proteger-se e também as formas de ofensa a serem evitadas". O mesmo autor diz que a subsidiariedade pode ser compreendida como "a utilização do Direito Penal de forma supletiva ou subsidiária quando todos os demais meios extra penais de controle social já foram esgotados".

> As duas feições, a subsidiária e a fragmentária, permitem afirmar que, conforme o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal se revela como *Ultima Ratio*. Como último recurso de controle social, o Direito Penal só deve intervir quando absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica". (SPOSATO, 2008, p. 7)

Daí decorre a necessidade de o magistrado só limitar o direito à liberdade do acusado quando estritamente necessário e, mesmos nestes casos, deverá fazê-lo da melhor forma possível para não excluí-lo do convívio social. O acusado não deve ser visto como um bicho, que é colocado entre as grades sem um mínimo de dignidade.

Segundo a política criminal moderna, aquele que cometeu o delito deve ser punido, mas com razoabilidade e proporcionalidade. O ideal é que o juiz tente, quando a lei permitir, aplicar penas alternativas, não limitativas do *jus libertatis*, como a prestação social alternativa, a prestação pecuniária, a restrição de direitos.

Para que esse ideal seja alcançado, o magistrado não pode atuar sozinho. É preciso que o Ministério Público também esteja engajado e que também tenha consagrada a visão de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio.* O

legislador também tem uma função importante para mudança da atual conjuntura penal, pois, ao elaborar as leis, não deve apenas atender aos clamores populares e da mídia.

O cárcere é um problema, pois é bastante oneroso para a sociedade e, na forma como vem sendo implementado, não atende a função de recuperar e ressocializar o réu.

> Nesse mesmo diapasão, não pode servir o processo penal para concretizar as pretensões de um direito penal máximo, fundado na ideia corrente de medo e insegurança que de fato vicejam na sociedade. A atuação máxima do direito criminal acaba por desacreditar todo o sistema de justiça penal, seja pela reconhecida ineficiência do Estado, seja pela sempre presente cifra negra da criminalidade, seja porque os instrumentos penais de privação de liberdade perderam de há muito o caráter intimidativo geral ou preventivo; e não são de modo algum reeducativos (como deveriam), reduzindo-se somente ao aspecto retributivo, de pena-castigo, tão ao gosto das massas conduzidas por setores pouco responsáveis dos media. (ARAS, 2001, p. 3)

Ademais, não é só pobre que comete delito. Os mais abastados financeiramente também cometem delitos, muitos de grande proporção, só que estes não são veiculados ou, quando veiculados, são logo esquecidos, enquanto que aquele que furta um pequeno bem, às vezes para sua própria subsistência, amarga anos de prisão.

Essa não é a verdadeira justiça, a justiça idealizada pelo Direito Penal Mínimo. A 'justiça' diferenciada a depender da classe social do acusado ou de sua aparência consagra um verdadeiro Direito Penal do Inimigo.

Segundo ARAS (2001, p. 3) "não se alcança justiça com exclusão, nem se pode ser solidário afastando-se o homem do meio social". O Direito Penal Mínimo não significa ausência de direito, de normas. O direito de punir do Estado persiste só que somente deve ser utilizado quando nenhum outro ramo do direito for capaz de solucionar o conflito e consagrar a paz social. O Estado-juiz quando pune deve, acima de tudo, observar aos princípios constitucionais penais.

> [...] precisamos efetuar uma análise crítica da justiça penal, pois o direito penal deve apresentar-se de forma limitada e minimalista sim, enfocado sob uma interpretação garantista, porém, nos dias atuais vivemos uma tendência dualista, podemos observar alguma descriminalização, mas em contrapartida existe uma tendência a uma neocriminalização, em decorrência de um aumento desenfreado da violência em nossos centros urbanos, dos avanços tecnológicos da globalização e das mudanças das bases de vida do homem, vivemos em uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, sob ameaças de terrorismo nuclear, ataques contínuos ao meio ambiente, a manipulação genética e a volubilidade econômica, as quais podem, em consequência, nos levar até a extinção da vida na terra. (COSTA, 2007, p. 14)

O processo é um instrumento de defesa social, que não deve inviabilizar o homem e o seu convívio na sociedade. O Direito Penal Mínimo tem como objetivo que se maneje a norma ou o procedimento eficazmente, mas que não se torture a consciência do indivíduo já sujeito às agruras da acusação.

Utilizando-se dos ensinamentos de ARAS (2001, p. 4) "mais do que o terror penal e do que a aflição processual, são necessárias a estabilidade, a firmeza, a justiça e a segurança da resposta estatal". Num Estado Democrático e Constitucional de Direito não há lugar para autoritarismos e arbitrariedades, exige-se outra postura de um juiz constitucional, de um juiz garantidor.

Atrelado a isso, tem-se o problema da multiplicidade de delitos que tomam corpo no Ordenamento Jurídico sem que o legislador pátrio tenha feito um estudo da sua real necessidade.

> Mas a teoria do bem jurídico, apesar de ser ponto de referência para o sistema penal, nem sempre consegue garantir os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal. Como garantia individual e, consequentemente, como limite do *ius puniendi*, não estabelece de forma segura os limites de criminalização de certas condutas e, que, infelizmente, ficam ao arbítrio do legislador que,

> muitas vezes, legitima o bem jurídico como *prima ratio*, ignorando a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. (TOSCHI, 2003, p. 2)

O Direito Penal Mínimo é aquele que dá efetividade à fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, pois, considerando-se os efeitos maléficos que um processo e uma condenação causam no acusado/apenado, o Direito Penal e suas sanções devem ser o último recurso a ser utilizado para a pacificação social.

5. CONCLUSÃO

Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, a vingança privada deve ser evitada, pois a vida em sociedade exige um Estado pacificador de conflitos, donde decorre o poder de punir do Estado. Este poder não é ilimitado e absoluto, uma vez que toda a autuação estatal deve obedecer ao primado da Constituição.

As limitações impostas ao Estado-juiz têm por objeto garantir a proteção do acusado contra os abusos de poder e aos desvios de legalidade, sob pena de o Estado Constitucional e Democrático de Direito tornar-se uma utopia, algo imaginário, ou seja, algo distante da realidade vivida pelo país. Daí decorre a relevância deste estudo.

Fortes são os argumentos favoráveis e contrários aos poderes instrutórios do magistrado. Há ainda aqueles que, despindo-se de extremismos, colocam-se numa posição intermediária.

Independentemente do sistema processual penal adotado pelo Brasil, tem-se que necessariamente o processo penal deve ser democrático e garantista, pois a Constituição brasileira em vigor é democrática. A busca da verdade de real não pode suplantar os princípios e garantias constitucionais do acusado, como a presunção de inocência. A observância deste princípio é que mede a qualidade do sistema processual usado. Assim, conclui-se que os poderes instrutórios do juiz só são legítimos quando atendem aos ditames constitucionais.

A jurisdição baseada na aplicação dos princípios não consagra a impunidade, mas sim a verdadeira legalidade, ou seja, aquela que obedece a hierarquia das normas, estando a Constituição Federal em seu ápice.

Inobstante a questionável constitucionalidade da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal que, objetivando fazer uma reforma

e adequação processual, conferiu poderes instrutórios ao magistrado, corroboro com o entendimento daqueles que defendem uma interpretação constitucional da norma. Assim, a produção de prova de ofício pelo juiz só é possível se for para dar efetividade às garantias constitucionais, sem que isto constitua afronta ao sistema acusatório.

Para a maioria dos doutrinadores pátrios, o sistema penal adotado no Brasil é o acusatório, onde as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas em pessoas distintas. Assim, deve-se respeitar o papel do Ministério Público na persecução criminal, como dono da ação penal. As provas devem ser requeridas e produzidas pelas partes, devendo o juiz manter-se imparcial para julgar e só agindo ativamente se for para exercer o seu papel de garante.

Cabe ao juiz essa importante tarefa, já que é o responsável pela eficácia do sistema de garantias constitucionais e processuais. Ao julgar, o juiz deve observar se realmente é necessário aplicar uma sanção penal, uma vez que o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para a busca da paz social. Caso seja necessário, deverá agir com razoabilidade da sanção e com proporcionalidade na dosimetria da pena.

Numa política criminal moderna, o juiz ao sentenciar deve buscar sempre o menor sofrimento possível para o acusado, vez que este já é submetido à própria violência do processo e da investigação. No Direito Penal Mínimo, só um juiz equidistante terá independência e imparcialidade suficiente para julgar e fazer justiça no caso concreto. O poder de punir do Estado só deve ser usado quando realmente necessário, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*.

No Estado Democrático de Direito, o acusado deve ser visto como um verdadeiro ser humano e não como um inimigo, que precisa ser aniquilado, banido pela sociedade a qualquer custo. Os operadores do Direito e a sociedade devem despir-se de preconceitos e dos pré-julgamentos.

Os juízes têm que redescobrir a Constituição Federal e as garantias constitucionais, pois apenas a partir de um processo penal garantista será capaz de dar efetividade ao direito penal material. Os espaços para a discricionariedade judicial devem ser minimizados para evitar as influências externas da imprensa e dos clamores da sociedade.

É preciso despertar e ver que o juiz não é apenas um indivíduo, ele também é um ser político, que deve direcionar suas decisões de modo político em busca da justiça social. As decisões judiciais mais do que legais, têm que ser justas e cidadãs. Assim, o juiz deve ser neutro como julgador, mas politicamente comprometido com a justiça social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. *Princípios do processo penal.* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>. Acesso em: 17 de maio de 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação criminal nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOLDT, Raphael. *A dignidade da pessoa humana e as provas no processo penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1033, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8323>. Acesso em: 16 maio 2009.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial.* Revista Eletrônica Jus Vigilantibus. 08 de julho de 2007. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/26604/1. Acesso em: 23 de maio de 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Fernando Vizeu. *Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Revista da Escola da AGU. Ano VII. Novembro de 2007. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_novembro_2007/AnalisePapelDireitosGarantias_LeonardoVizeu.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2009.

GOMES, Luis Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal.* Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG.

_____. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: http://www.lfg.blog.br.10 abril. 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
LIMA, George Marmelstein. *As funções dos princípios constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>. Acesso em: 24 de fevereiro 2010.
LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional.* Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISU/REDE LFG/IPAN.
MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Presunção de inocência e direito à ampla defesa.* Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº 44, ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=163>. Acesso em: 12 de maio de 2009.
MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. *A motivação das decisões judiciais e a democratização do processo civil*. Revista da ESMESE, Sergipe, nº 05, 2003.
MELO, Débora Fernandes de Souza Melo. *Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 25 de novembro de 2008. Acesso em 02 e maio de 2009.
NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.* 1993. Disponível em: http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina93.doc. Acesso em: 23 de maio de 2009.
SANTOS, Andréa Alves dos. *Da produção de provas pelo magistrado no processo penal*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 09 de outubro de 2008.
SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. *Sistema processual penal brasileiro. O código de processo penal de 1941 e o modelo constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2074, 6 mar. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12416>. Acesso em: 12 de maio de 2009.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
TAYLOR, Daniel Westphal. *A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10205>. Acesso em: 11 de maio de 2009.
TOSCHI, Aline Seabra. *Dignidade da pessoa humana e garantismo penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3967>. Acesso em: 20 de maio de 2009.