# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

**MAGNO FEDERICI GOMES**

**CLAUDIA LUIZ LOURENCO**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br







de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

## Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# UMA ANÁLISE SOBRE A FORMULAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO (PL Nº 8.045/2010): RACIONALIDADES (NÃO) GARANTISTAS E A TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI

## AN ANALYSIS ON THE FORMULATION OF THE NEW BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS CODE (PL NO. 8.045 / 2010): LUIGI FERRAJOLI'S THEORY AND (NO) GUARANTEE RATIONALITIES

**Bruna Danyelle Pinheiro Das Chagas Santos**
**Thiago Allisson Cardoso De Jesus**

**Resumo**

O artigo apresenta uma análise das racionalidades que influenciam o processo de formulação do PL 8.045/2010. Foi utilizado o método da sociologia reflexiva, com pesquisa exploratória, de abordagem predominantemente qualitativa, com o uso de técnicas de pesquisa bibliográfica e análise de discurso. Identificaram-se dispositivos em conformidade com a Constituição de 1988 e a incidência da racionalidade garantista à luz da teoria do garantismo penal. Conclui-se que as mudanças propostas pelo PL atendem às expectativas sobre estabelecimento de regras que atualizam o Processo Penal brasileiro às premissas internacionais, regulando-se sob a ótica do sistema axiológico de Luigi Ferrajoli.

**Palavras-chave:** Garantismo, Ncpp, Racionalidades, Ferrajoli, Estado democrático de direito

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article presents an analysis of the influencing rationalities in the formulation process of PL 8.045/2010. The method of reflective sociology was used, with exploratory research, with a qualitative approach, techniques of bibliographic research, discourse analysis. Identify devices in accordance with the Constitution of 1988 and the incidence of guarantor rationality in the light of the theory of criminal guaranty. The changes proposed by the PL meet the expectations regarding the establishment of rules that update the Brazilian Criminal Procedure to the international premises, being regulated from the perspective of the axiological system of Luigi Ferrajoli.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Garantism, Ncpp, Rationalities, Ferrajoli, Law democratic state

## INTRODUÇÃO

Alvo de modificações pontuais, principalmente com as reformas ocorridas no ano de 2008, com o objetivo de adequação às diretrizes constitucionais vigentes no país; o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/1941) não se tornou verdadeiramente contemporâneo às mudanças engendradas no pós-guerra, égide da *modernidade reflexiva* (BAUMAN, 2003; GIDDENS, 1991) e de projeção dos Estados Democráticos de Direito, insurgindo a necessidade de produção de uma nova codificação, a qual estivesse em sintonia com a atual conjuntura histórica, pautada no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e garantias.

Desse modo, objetivou-se neste trabalho uma análise sobre as racionalidades que influenciaram a elaboração do mais novo Projeto de Código de Processo Penal do Brasil (PL 8.045/2010, ainda em tramitação no Congresso Nacional), desvendando suas relações no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro e a incidência da racionalidade garantista à luz da teoria de Luigi Ferrajoli. Entre as inovações propostas pelo PL, que impactam e trazem à tona a discrepância com a atual forma de processamento criminal, está a inserção explicita de um embasamento principiológico responsável por introduzir o processamento criminal, e o *Juízo de Garantia*, numa real possibilidade de efetivar o postulado convencional do *Devido Processo Penal*[1], considerando as repercussões do Pacto de São José da Costa Rica.

Além disso, pretendeu-se compreender os embates entre as racionalidades garantistas e punitivistas, determinantes para o entrave no processamento do Projeto de Lei (em tramitação desde 2009, sem previsão de votação), de forma a tentar responder, por exemplo, o seguinte questionamento: em que medida incide a racionalidade (não) garantista no processo de formulação desse novo diploma legal?

A metodologia empregada para a elaboração deste trabalho consistiu no uso do método da sociologia reflexiva (BOURDIEU, 2007), com pesquisa exploratória, de abordagem

---

[1] Como um *a priori*, o devido processo penal, a partir de uma literatura nele especializada, deve ser entendido como "(...) **aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional**. (...) A Constituição [...] além de estabelecer uma nova ordem política e social, delineou uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal. **Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-os obrigatórios no espaço dinâmico processual, cuja garantia compete ao terceiro imparcial**" (GIACOMOLLI, 2017, p. 99, grifo nosso)

predominantemente qualitativa, com o uso de técnicas de pesquisa bibliográfica e análise de discurso (FOUCAULT, 2015), para aprofundamento da análise do conteúdo levantado (BARDIN, 2011), a partir da investigação do projeto de lei, suas diversas emendas bem como julgados selecionados em pertinência temática, com o fito de construção das diversas relações de (in)compatibilidade com os axiomas apregoados por Ferrajoli.

Justifica-se o presente trabalho, sem intento de exaurir a temática objeto dessa análise, na medida que, estando imersos em um tempo de efervescência que redimensiona as diversas práticas legislativas, urge refletir as bases que norteiam a formulação de normas voltadas a regrar o trato processual penal e perscrutar os interesses e racionalidades, declarados ou não, que influenciam o atuar Estatal, dito garantista e em conformidade com a Constituição, em questão tão tensa como é a criminal.

O percurso foi feito em três seções que voltam-se a analisar os contextos, fundamentos e inovação do projeto do novo Código de Processo Penal; na sequência, por meio de uma crítica reflexiva, discute deturpações, dilemas e entraves aos institutos e princípios que o projeto apregoa; para, por fim, compreender as racionalidades (não) garantistas que influenciam a *re/deforma* do neoprocessamento criminal.

## 2 CONTEXTOS, FUNDAMENTOS E INOVAÇÕES DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A disfuncionalidade da codificação processual penal com a Constituição de 1988 busca, a partir de medidas pontuais e diversas reformas, adequar-se aos movimentos neoconstitucionalistas e neoprocessualistas (BARROSO, 2005) oriundos da mudança de paradigma dos pós-guerras e da consequente formação de um Estado Democrático de Direito. Lopes Junior (2017, p. 32) contribui ao fazer a seguinte correlação:

> [...] uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

Significativamente, a entrada em vigor das Leis nº 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011 trouxe expressivos sinais de que o Código de Processo Penal brasileiro não está coerente com as estruturas democráticas insculpidas na Constituição de 1988, cujas premissas e valores fundamentais tem, sobretudo, a função de limitar o poder punitivo estatal.

Tais legislações derivaram das tentativas frustradas de formulação de um novo Código de Processo Penal no país, com vistas a redimensionar uma codificação com

dispositivos de influência inquisitória como o *Codex* da década de 40, inserindo mecanismos que contenham a mão forte do Estado, em variadas dimensões, a exemplo do procedimento do Tribunal do Júri, pela redação da Lei nº 11.689/2008, que pontuou a nulidade em casos em que o juiz utiliza excesso de linguagem na decisão de pronúncia (*eloquência acusatória*) bem como a referência feita à pronúncia durante os debates entre as partes, a fim de resguardar a não contaminação dos jurados.

A Reforma do Júri no ano de 2008 tornou o argumento da prisão, após a decisão de pronúncia, inaceitável, a não ser que existam os requisitos para a prisão preventiva. Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.403/2011, que também possibilitou mudanças no processamento criminal no que refere-se às cautelares, restringiu ainda mais o trato do acusado/processado como apenado e retardou-se o aprisionamento a fim de efetivar a liberdade como regra.

Ainda como tentativa de adequação do CPP aos preceitos constitucionais e de efetivação do controle de convencionalidade, pautando-se nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao Brasil, frisa-se a Lei nº 11.719/2008 que, entre inovações, reiterou a regra da identidade física do juiz no processamento criminal.

Soma-se, também, a nova abordagem dada às provas processuais, haja vista que a Lei nº 11.690/2008, na tentativa de compatibilizar o referido Código, de inspiração assumidamente autoritária (LOPES JUNIOR, 2017), às exigências democráticas atuais, fortalecendo a inadmissibilidade das provas ilícitas, o estado de inocência e o princípio da comunhão da prova.

Na tentativa de suplantar a *colcha de retalhos* do Código de Processo Penal pós-reformas, com a entrada em vigor das leis supramencionadas, o Projeto de Lei (PL nº 8.045/2010) que trata sobre o Novo Código de Processo Penal traz inovações prenunciadas logo na sua exposição de motivos, ao passo que dispõe da compreensão de que a intervenção estatal não pode estar atrelada à supressão de garantias fundamentais individuais, considerando que a qualidade da função jurisdicional vincula-se à observância do devido processo legal, vetor e princípio processual penal regente da atividade de instrumentalização criminal.

As críticas ao juízo de garantias, talvez o mais revolucionário instituto do PL nº 8.045/2010, até mesmo no âmbito do judiciário, é a demonstração da possível materialização do processo penal acusatório. Entre as atribuições do juízo de garantias estaria assegurar a realização das Audiências de Custódias[2], além de garantir a efetividade de todos os direitos

[2] Não há lei que regulamente os procedimentos das audiências de custódia, tratando-se ainda de projeto em tramitação no Congresso Nacional, originariamente PLS nº 554/2011 com denominação mais recente PL nº 6.620/2016, cuja situação atual é apensado ao PL nº 8.045/2010. Embora conste como Projeto de Lei, desde o final

previstos no rol de quatorze incisos do art. 14, do referido Projeto. Tal instituto corresponde um importante passo no resgate dos preceitos do Pacto de São José da Costa Rica, determinação do art. 7.5, instituído desde 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, mas que só recentemente vem sendo observado no país, retratando tardio controle de convencionalidade e internalização dos preceitos humanitários.

O projeto de lei tem feições garantistas em diversos dispositivos. Com vistas a sanar a disparidade de armas entre defesa e o Estado-Acusador, efetivando o direito à defesa e, dessa forma, garantindo preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme art. 13[3] do Projeto do Novo Código de Processo Penal o instituto da investigação criminal defensiva. Além disso, outro importante pilar da proposta do Novo Código seria a expectativa da vedação da iniciativa probatória do juiz, que embora não seja o principal para um sistema processual acusatório, afigura-se um importante desafio. O PL dá nova redação ao polêmico artigo 156 do Código de Processo Penal vigente - sobre a possibilidade da iniciativa probatória do juiz – ao entender tratar-se de violação ao princípio da imparcialidade e da isonomia processual, pois agigantaria-se a acusação e flexibilizaria-se a defesa. A nova redação - prevista no artigo 165 do PL 8045/2010 - embora ainda dê margem para interpretação da delegação de poderes instrutórios ao juiz, reduz sua carga inquisitória ao delimitar a ação do magistrado na determinação de diligências apenas às provas produzidas pelas partes, fortalecendo a construção de um sistema processual acusatório.

## 3 A DETURPAÇÃO DO INSTITUTO DO JUÍZO DAS GARANTIAS, *EMENDAS* AO PROJETO E O RECRUDESCIMENTO PENAL COMO ENTRAVES PARA O PROCESSAMENTO PENAL CRIMINAL DEMOCRÁTICO

O Estado Penal legitima-se na função de punir os indivíduos com o fito de garantir a ficção jurídica da paz social (KELSEN, 2010). Essa legitimação reforça-se pelo senso comum que repudia a violência criminal - direta, visível e reiterada exaustivamente pela mídia; sem, contudo, refletir a violência[4] estrutural cometida pelo Estado que exime-se da função de

---

de 2014, o STF se posicionou no sentido de ratificar a legalidade da metodologia das audiências, embora seja alvo de inúmeras críticas desfavoráveis à sua efetiva implantação.

[3] O referido artigo possui a redação: "[...] é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas".

[4] Jesus et al (2016, p. 421) aborda a questão da violência estrutural institucional quando alude: "[...] a violência estatal ilegítima caracteriza-se por violar os inúmeros preceitos garantistas do sistema de proteção à pessoa humana e sua dignidade analisada à luz da complexa multidimensionalidade e historicidade da gramática dos direitos

provedor de cidadania e emancipações. Sobre o populismo midiático penal no bojo da sociedade do controle, contribuiu Garland (2014, p. 338):

> [...] isto não significa dizer que a mídia tenha produzido nosso interesse pelo crime ou que tenha produzido o punitivismo popular que desponta como forte corrente política nos dias atuais. Sem uma experiência coletiva do crime sedimentada, rotineira, seria improvável que o noticiário criminal atraísse tanto interesse ou vendesse tantos espaços de publicidade. Meu argumento é que os meios de comunicação de massa tiveram acesso a, e depois dramatizaram e reforçaram uma nova experiência pública, com profunda ressonância psicológica e, ao fazê-lo, a mídia institucionalizou aquela experiência.

Nesse cenário, insurge um ávido clamor social para que o Estado proveja segurança pública de forma célere, com leis penais mais rígidas, exasperação da sanção criminal, propostas de redução da maioridade penal atribuindo, por isso, à política criminal um fim em si[5]. O anseio por segurança, no mundo atual, reforça a sociedade desigual, que efetiva direitos de uns em detrimento dos direitos de outros[6]. Andrade (2003, p. 20) analisou, inclusive, essa compreensão acerca da segurança que gera desigualdade e vice-versa quando pontua sobre a falsa dicotomia, e tão ventilada nesses tempos, entre *homem de bem e homem mau:*

> [...] com efeito, no senso comum, existem homens de bem e os homens maus, sendo os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmante expansão, estariam impedindo de viver. A função declarada do sistema penal seria a de controlar a totalidade das condutas dos homens maus (a criminalidade) para garantir a boa vida dos homens bons (a cidadania).

Percebe-se, assim, no Brasil pelo menos dois importantes vetores para a interpretação da persecução penal: o dos *mass media* que atribuem ao Legislativo e Judiciário a responsabilidade pela delinquência, tendo em vista o que denominam de "afrouxamento" das penalidades atribuídas aos criminosos (as cautelares diversas da prisão, a fiança, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, os indultos, entre outros institutos vistos como benefícios, benesses e privilégios pelo *cidadão de bem*); e os, por assim dizer, *progressistas*, que vislumbram humanizar o processo penal, limitando-o à observância da norma, do Ordenamento e seus valores. Nesse segundo segmento, insere-se a realidade do

---

humanos. Pensar os limites ao exercício legítimo da violência monopolizada pelo Estado a fim de prover segurança aos indivíduos é, sobretudo, ratificar os moldes do contrato social celebrado [...]".

[5] Entendendo o processamento criminal como faceta da política criminal, Fernandes (2000, p. 10, grifo nosso) elucida isso em análise bem pontuada, a partir da qual "[...] é possível uma identificação das grandes linhas em que a questão penal se encontra actualmente posta, cujos reflexos em cada um dos sectores que dela se ocupam é inquestionável. **Com efeito, a análise a respeito da questão penal irá revelar que a nível macroscópico verifica-se uma verdadeira tensão entre modelos denominados garantidores – e garantistas – e modelos fundados numa maior preocupação com a eficiência e com a funcionalidade dos aparelhos estatais** (normativos, estruturais, pessoais entre outros) que estão incumbidos do seu tratamento"

[6] Bauman (2003, p. 128) considera que: "[...] se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisa sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos.

sistema criminal num contexto de desigualdades sociais, entendido como fomentador e reprodutor da violência e dos desvios (BARATTA, 2002). Resta, então, demonstrado que no Direito Penal brasileiro há uma estranha convivência entre a "[...] compreensão ampla do fenômeno delituoso, que a perspectiva humanista proporciona, e a simplória aceitação da repressão como remédio suficiente" (REALE, 1992, p.279 apud JESUS, 1999, p.24).

Os esforços internacionais para a afirmação das garantias individuais, inclusive da pessoa em conflito com a lei penal, coexistem com a crença de que a segurança e o bem-estar só é possível a partir da elaboração de leis mais rígidas e da implementação de políticas criminais de enfrentamento, que garantam lei e ordem (JAKOBS; MELIÁ, 2012), ainda que não haja relatos de experiências que sinalizem que sistemas penais opressores fomentem percepções de segurança e previnam delitos. Decerto, como aponta Lopes Junior, "[...] a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência" (2017, p. 47).

Assim, é de grande importância analisar algumas das emendas[7] apresentadas e projetos[8] apensados ao PL nº 8.045/2010, com vista ao debate e confronto de ideologias acerca da política criminal e do instrumento de concretização do Direito Penal, muitos adequados à perspectiva do recrudescimento penal e negativa ao preceito garantista da política criminal, verdadeiro paradoxo ao exposto na justificativa para a elaboração do PL em estudo.

Entre as emendas, a de número 2/2016 apresentada por Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR que alteraria o art. 458 do PL, cuja justificativa paira na celeridade da resposta do Estado ao imputado, convergindo com o princípio basilar constitucional do estado de inocência (LOPES JR, 2016; ILUMINATI, 1979; HONNETH, 2015) - questão na pauta nos últimos anos. Faz parte do teor da emenda:

> [...] a presente emenda vem ao encontro da recente decisão do Supremo Tribunal Federal[9] que determinou o cumprimento das decisões condenatórias após o julgamento do recurso da apelação. **Esta decisão, considerada um novo marco institucional em relação à execução penal, busca impedir a utilização de recursos**

[7] Ao todo, 226 (duzentos e vinte e seis) emendas apresentadas ao PL nº 8.045/2010.
[8] Contabilizam 270 (duzentos e trinta e quatro) projetos apensados até o dia 14/03/2019.
[9] O emblemático HC nº 126.292, pelo trecho do voto do Ministro Luiz Fux, "[...] e, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: "[…] **A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos**" (SÃO PAULO, 2016, grifos nossos).

> **procrastinatórios que impedem uma prestação jurisdicional ágil** (BRASIL, 2016e, grifo nosso).

Já a EMC nº 3/2016 apresentada por Roberto Freire - PPS/SP, que sugere a supressão do Capítulo II (Livro I, Título II) do PL nº 8.045/2010, juntamente com a EMC nº 70/2016 que alude sobre o acréscimo do parágrafo único ao art. 99 do projeto de lei; além da EMC nº 71/2016 que sugere pela supressão do art. 16, e como consequência o art. 748; e da EMC nº 79/2016 que dá nova redação ao inciso I do art. 314 do projeto de lei (as últimas três apresentadas por Lincoln Portela - PRB/MG), baseiam-se na compreensão de que a proposta de implantação do juízo de garantias traz, entre outros, um entrave ao combate à impunidade. Entre as justificativas que fundamentaram a apresentação das emendas,

> [...] não se presume parcialidade do juiz por ter decidido algo na fase de investigação, sendo que apenas situações concretamente demonstráveis podem afastar um juiz natural de atuar no processo. Verifica-se, então, que o juiz das garantias não implementa nenhum direito fundamental e não se trata de uma imposição constitucional [...] **devemos observar que, embora na teoria um juiz das garantias apenas para a fase pré-processual seja a solução para problemas de ilegalidades cometidas na fase investigativa, a medida representará um atraso no combate à impunidade. E vários argumentos embasam nossa posição** (BRASIL, 2016e, grifo nosso.

Sobre a ECM nº 4/2016 apresentada por Roberto Freire - PPS/SP sugerindo que seja dada nova redação ao art. 13 do PL nº 8.045/2010, há uma divergência à proposta de instituir-se uma persecução penal baseada no contraditório, já que, pelo artigo *supra*, ultrapassaria-se a barreira inquisitiva da fase da investigação, possibilitando à defesa atuar na produção de prova desde o início dessa. Alude, nesse sentido, a emenda ao apontar que a compatibilidade geraria um atraso à dita efetividade do Sistema de Justiça Criminal:

> [...] o inquérito policial já está de certa forma ultrapassado, pois foi idealizado com formalismos típicos do processo judicial. Permitir que o advogado do investigado requeira a mais diversa gama de diligências é dar-lhe o caráter de uma ação penal preliminar. **Caso isso acontecesse, continuaremos dando um passo atrás na efetividade da Justiça Criminal** (BRASIL, 2016d, grifo nosso).

O reiterado embate entre o princípio processual penal *in dubio pro reo* e a tentativa de construção jurídica do *pro societate* vislumbra-se na ECM nº 24/2016 apresentada por Lincoln Portela – PRB/MG que sugere que seja dada nova redação à alínea *"e"* do art. 404 e acrescentem-se parágrafos. É importante ressaltar que o *pro societate* não tem incidência apropriada em contextos constitucionais, haja vista que ao processamento criminal não deve ser dada uma compreensão sobre o viés da coletividade e da antiga estrutura da *Escola de Defesa Social* que nutriu a elaboração do Código vigente, mas das garantias processuais individuais (ROSA, 2015; GLOECKNER, 2018). É nesse sentido de efetivar os interesses, não declarados, de uma sociedade historicamente punitivista que a justificativa da emenda em comento apregoa

> [...] a busca de um equilíbrio entre os direitos do acusado e os direitos da sociedade está em se viabilizar a decretação da prisão, como regra, nos casos de crimes graves, a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, visto que nos recursos aos tribunais superiores não há espaço para discussão da culpabilidade, que se restringe aos aspectos fáticos da acusação (BRASIL, 2016b).

A cultura do aprisionamento, corroborada pela atuação do Legislativo, considera que a prisão é a mais eficaz possibilidade para estabelecer a efetivação do direito/processo penal. Assim, isso sendo refletido em proposta de marco normativo, consta na ECM nº 29/2016 de Lincoln Portela - PRB/MG a sugestão da supressão do inciso II do art. 557, renumerando o próximo inciso do projeto de lei e propondo que

> [...] a prisão preventiva pode, circunstancialmente, se mostrar necessária para crimes dolosos com penas máximas inferiores a três anos, como, por exemplo, se o indiciado ou acusado obstruir a Justiça, buscando subornar testemunhas ou destruir provas. Da mesma forma, não pode a Justiça permanecer passiva diante de possível reiteração de crimes dolosos, mesmo que estes tenham pena inferior a três anos (BRASIL, 2016c).

A aplicação pelo Estado da pena privativa de liberdade ao indivíduo que subverteu as normas sociais com a prática de um delito, com o intuito de retribuir e prevenir novo cometimento de tal fato, vem gerando grave problemática para a execução penal, ante o fracasso histórico do sistema carcerário no que refere-se ao enfrentamento dos incrementos das violências e criminalidade.

A respeito das prisões cautelares, entendidas e utilizadas no fito de cumprimento antecipado da pena e reverenciadas como sinônimo de segurança pública, inserta na ECM nº 30/2016 apresentada por Lincoln Portela – PRB/MG que sugere a supressão do o §2º do art. 562, transformando o §1º em parágrafo único do projeto de lei, reestabelecer-se-ia a atuação do juiz como *órgão da acusação*, situação que segue na contramão do processo acusatório cuja principal característica é a divisão de função entre sujeitos processuais distintos, repercutindo na vedação, por não recepção, do uso do processo na forma *judicialiforme* previsto no artigo 26 do atual Código de Processo Penal bem como no realce ao princípio da *inércia da jurisdição* e da *iniciativa das partes*. Inserido como justificação da emenda:

> [...] o artigo 562 do Projeto prevê a necessidade de reexame da prisão preventiva a cada 90 dias. A medida é desnecessária, pois os juízes, em geral, exercem esse controle, além de serem fiscalizados pelas partes a esse respeito. De todo modo, o que é mais questionável no dispositivo é previsão do § 2º de que, sem o reexame, a prisão será considerada ilegal e, como consequência necessária, será o preso colocado em liberdade (BRASIL, 2016f).

Diante do exposto, compreende-se que o instituto do juízo das garantias, na ótica de uma *sociedade punitiva*[10], é sinônimo de impunidade pois o que se busca é a sensação e a

[10] Entre outras características, a sociedade punitiva é marcada pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de táticas penais. São 4: excluir, impor compensação, marcar e encarcerar. Para o autor, "**1. Excluir [...]**

percepção de segurança, ainda que o Estado, justificando-se nesse fim, extrapole no gozo do poder punitivo, encarcere, estigmatize, exclua (FOUCAULT, 2015) e experimente, em reciprocidade, as repercussões dessa banalização do mal e dessa *lógica de excepcionalização* (AGAMBEN, 2015) ao acervo jurídico humanitário.

## 4 AS RACIONALIDADES (NÃO) GARANTISTAS NA FORMULAÇÃO DO NOVO CPP À LUZ DA TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI

O Direito Penal cinge-se de condições para se concretizar, a saber, a ofensa, o delito, a culpabilidade, a lei, a necessidade e a ação, ao passo que o processo, que é instrumento de sua efetivação, demonstrar-se-á pelo juízo, pela acusação, pela prova e pelo exercício da defesa (FERRAJOLI, 2006).

Tais ambiências penais e processuais, analisadas a partir do que aqui será chamado de *sistema axiológico ferrajoliano*, formam um conjunto de garantias necessárias para que o sujeito da atuação estatal repressora, ao final da persecução penal, seja alvo de uma sanção baseada na estrita legalidade e conformidade sistêmica com a Constituição.

A inserção de um modelo penal garantista no ordenamento jurídico brasileiro compreende a análise dessas condições, a partir de um paralelismo com os princípios individuais fundamentais constitucionais e os preceitos internacionais de respeito à dignidade da pessoa humana na busca da efetivação do *devido processo penal* como consequência da mudança de paradigma engendrada na segunda metade do século XX (FERRAJOLI, 2006; GIACOMOLLI, 2017).

Deste modo, é importante a compreensão de que a teoria do garantismo penal não é contra a pena, punição e o sistema penal; sendo, na verdade, um *metamodelo* teórico de aplicação ao direito e ao processo penal baseado na esfera do *dever ser*. É a compreensão da aplicação da sanção pelo Estado, para além da ótica da mera legalidade, compreendendo (inserindo) os dez *axiomas* sistematizados pelo autor: *A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum*

---

**no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora.** Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] **2. Impor uma compensação** [...] vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, individuo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] **3. Marcar.** Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] **4. Encarcerar.** Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão."

*crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (referentes à pena)*; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuris sine acione; A6 Nulla actio sine culpa* (referentes ao delito)*; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicio sine accusatione; A9 Nullum accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione* (referentes ao processo)*.*

Para Ferrajoli (2006), os axiomas constituem condição para a efetivação de um sistema penal, afigurando-se como implicações deônticas necessárias para a garantia de um processamento criminal que adeque-se, integralmente, aos "[...] princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa" (FERRAJOLI, 2006, p. 74), concretizando os aspectos constitucionais (projeção interna) e convencionais (justificação externa) do *devido processo penal.*

Com efeito, o Código de Processo Penal nacional vigente tem sua matriz oriunda de outra conjuntura ideológica de forma que, embora tenha sofrido alterações com vistas a adequar-se ao novo paradigma social, em seu cerne está a compreensão do processamento criminal sob a ótica inquisitorial na contramão do ideal pós-1988[11] (ROSA, 2015; GLOECKNER, 2018; PRADO, 2017; JESUS et al, 2018).

A principiologia, prevista logo na introdução do PL nº 8.045/10 (artigos 1º ao 7º), e que consiste em diretrizes e bases para um processamento criminal acusatório, está atrelada à efetividade dos direitos humanos que alcança o instrumento criminal processual, embora tardiamente no contexto do pós-guerra.

Estabelecem-se na seção introdutória do PL vários *axiomas ferrajolianos*. Ao preconizar, no art. 3º, que "[...] todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais", configuram-se, normativamente, os axiomas *A8 Nullum judicio sine accusatione* que se traduz no princípio acusatório**.** Além desse, constata-se, ainda, o axioma *A9 Nullum accusatio sine probatione* que consiste no princípio do ônus da prova, uma extensão ao princípio anterior.

Sabe-se, também, que o sujeito passivo da persecução penal é vulnerável, pois há uma relação de inferioridade ante o poder de processar e apenar do Estado, fato que enseja a indisponibilidade e a imprescindibilidade da defesa técnica, ratificado no axioma *A10 Nulla probatio sine defensione* princípio do direito à defesa para a efetivação do contraditório (LOPES JUNIOR, 2017).

---

[11] De certo, "falar em mentalidade inquisitória no processo penal não significa atribuir ao contexto atual exatamente a mesma forma de pensar e agir que aquelas próprias dos inquisidores medievais, mas sim considerar que tal período possuiu tamanha influência na história dos povos e que, por promover uma maneira de pensar e agir de forma tão reiterada, acabou produzindo efeitos que perduram até os dias atuais, isto desde as relações humanas entre familiares até as relações jurídicas e processuais entre o Estado e os indivíduos" (PRADO, 2017, p. 249).

Em relação ao art. 4º, que dispõe: "[...] o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", em sua segunda parte do axioma: *A8 Nullum judicio sine accusatione.*

As racionalidades envolvidas na elaboração do Novo Código evidenciam em vários excertos do PL elementos que norteiam à compreensão do processo penal como *garantia de limitação do poder de punir do Estado*, reflexo das discussões engendradas acerca da dignidade da pessoa humana em conflito com a lei.

Dentre os preceitos garantistas trazidos na proposta do Novo Código de Processo, por exemplo, o art. 11 alude sobre o sigilo[12] da investigação criminal que, além de preservar direitos de privacidade de vítima e testemunha, estende-se ao investigado evitando a *espetacularização* do crime e do processo penal (DEBORD, 2010; CASARA, 2015), numa clara vinculação ao axioma A9 *Nullum accusatio sine probatione*.

Os meios de comunicação detêm força o suficiente para transformar a questão da criminalidade num dualismo entre o bem e mal, daqueles que clamam por *justiça* travestida na legitimação de práticas abusivas pelo Estado no âmbito do processo criminal; e os que sofrem as consequências da *mão forte do Estado*. Andrade (2003, p. 24) contribuiu ao discutir essa disfuncionalidade ao apontar que:

> [...] **à mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade de segurança pública como o senso comum do nosso tempo.** Como o elo mais compulsivo que unindo Nós contra o Outro (Outsiders) agiganta por sua vez a dimensão do inimigo criminalidade. Este inimigo, tornando cenicamente maior que todos os demais, concorre para viabilizar o enredo do poder que subjaz à força simbólica do maniqueísmo, punitivamente reapropriado, e que concorre para inviabilizar, em definitivo, que quem se expande não é, propriamente a criminalidade (práticas de fatos definidos como crimes), mas a criminalização (definição de crime e etiquetamento seletivo de criminosos pelo sistema penal) que a co-constitui e produz (grifo nosso)

Ressalta-se, também, o art. 13 do PL nº 8.045/2010 sobre a produção de prova pelo acusado em sede das investigações policiais, em demonstração da aplicação do princípio da paridade processual cujo cerne advém da Constituição de 1988, que assegura igualdade e

---

[12] Constam apensados ao projeto do Novo CPP, o PL nº 5.820/2016 do Deputado Federal Augusto Silveira de Carvalho do SOLIDARIEDADE e o PL nº 7.514/2017 do Deputado Federal Jean Wyllys do PSOL, ambos tratando da determinação do sigilo necessário às investigações e ao processamento criminal propondo a alteração do Artigo 20 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Inserido como justificativa: "[...] De fato, a exposição indevida de imagens e dados de qualquer pessoa envolvida na persecução penal não possui qualquer relevância processual e se presta, no mais das vezes, apenas e tão somente para degradação moral da imagem da própria pessoa, sem prejuízo de abrir risco de situações ainda piores – e igualmente desimportantes para o processo penal – uma vez que também se podem publicizar seus dados. Se a pessoa envolvida e investigada no processo, mormente aquela que já se encontra presa, é colocada sob responsabilidade do Estado, mostra-se necessário atribuir-se ao seu representante a responsabilidade pessoal pela garantia da incolumidade dos direitos de imagem e privacidade da dita pessoa".

isonomia, em clara utilização da compreensão de Ferrajoli (2006) quando se faz referência ao axioma: *A10 Nulla probatio sine defensione.*

Com a possibilidade da atuação da defesa na fase da investigação, superaria-se um obstáculo inquisitório há muito questionado. Embora atue como elemento dispensável para o processamento criminal, a fase da investigação criminal tem seu inegável valor informativo que, quando concluso e remetido ao Ministério Público, torna-se preponderante para a propositura da Ação Penal. A respeito do artigo supramencionado, vislumbra-se emenda ao PL ECM nº 4/2016, proposta por Roberto Freire do PPS/SP, que sugere nova redação ao art. 13 do PL nº 8.045/2010, desqualificando a intenção pela busca da efetivação da investigação criminal eminentemente contraditório, cuja alegação consiste no entendimento de que a fase preliminar não vincule à fase judicial, numa verdadeira ótica compartimentalizada da persecução penal. Segue o teor da emenda:

> [...] o inquérito policial já está de certa forma ultrapassado, pois foi idealizado com formalismos típicos do processo judicial. Permitir que o advogado do investigado requeira a mais diversa gama de diligências é dar-lhe o caráter de uma ação penal preliminar. Caso isso acontecesse, continuaremos dando um passo atrás na efetividade da Justiça Criminal. Por tal motivo, apresentamos a presente emenda, a fim de a proposta de contraditório no inquérito policial seja acatada de forma mitigada e a peça não se transforme em motivo para expedientes protelatórios, como já acontece no processo judicial (BRASIL, 2016d).

O artigo 155 CPP (1941) restringe ao juiz a fundamentação de sua decisão, na fase sentenciante, baseada exclusivamente nos elementos informativos, colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Em contrapartida, o artigo 168 do PL nº 8.045/2010, correspondente ao dispositivo supramencionado, não traz essa restrição, possivelmente porque considera haver, agora, um inquérito pautado no contraditório e ampla defesa, efetivando mais uma vez o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, conforme apregoado por Ferrajoli *(A10).*

Entretanto, verifica-se, no art. 391 do PL, que as partes não poderão fazer referência aos depoimentos prestados na fase da investigação criminal (inciso III), ressalvando apenas à prova antecipada, sob pena de nulidade. Trata-se de um acréscimo às vedações do art. 478, seu correspondente no Código vigente. Nesse ponto, ressalta-se também o pretendido afastamento do juiz da fase de investigação e da atípica função de requerer provas na fase instrutória, denegando essa função ao Ministério Público de forma independente ou em parceria com a polícia judiciária a atribuição de acusador[13], trazendo uma perspectiva sobre a delimitação da atuação dos sujeitos processuais cujas pretensões devem ser distintas.

---

[13] Cronologicamente o debate acerca da participação do MP na fase de investigação criminal corresponde efetivamente com a proposta da PEC nº 37/2011 (rejeitada pelo congresso por 430 votos a 9 e 2 abstenções em

No art. 531 do PL, possibilita ao julgador agir de ofício, afastando-se de sua real atribuição, na decretação de medidas cautelares na fase instrutória, ressalvando-se, portanto, essa possibilidade na fase da investigação *(A8).* Ora, se o que pretende é uma separação de poder, que essa decretação esteja pautada a qualquer tempo ao requerimento das partes, com riscos de haver a continuidade da perspectiva de um processamento penal misto, do qual não se consegue afastar a pretensão acusatória do juiz ao passo que a ele é dado o poder de decretar de ofício prisões cautelares.

Os *axiomas ferrajolianos* revelam a busca por um a intervenção do Direito Penal, em *ultima ratio* e racionalmente, que não deve ser confundido com compromissos com a impunidade, mas como busca pela necessária contenção do poder punitivo estatal, sua conformidade com a Constituição e com os preceitos humanitários internacionais.

O Estado, diante da compreensão da necessidade de recrudescimento do sistema penal e da política criminal para combate da criminalidade, não apenas viola, mas está estruturalmente preparado para aniquilar princípios e destituir subjetividades que, regra geral, gera um sistema violador e não de *proteção de direitos* (BARATTA, 1993 apud ANDRADE, 2003, p. 90).

A esse respeito, poder-se-ia afirmar que prisões cautelares confrontam o preceito garantista do estado de inocência e o da dignidade da pessoa humana, que reflete todas as garantias penais e processuais sintetizadas nos dez *axiomas ferrajolianos*. Entretanto, na tentativa de equilibrar os interesses entre os interessados (leia-se sociedade, Estado, imputado) residem as diversas questões aqui já ponderadas.

O PL que estabelece o que seria o Novo Código tenta descaracterizar as prisões cautelares, principalmente a preventiva, atribuindo-lhes limite de tempo para aplicação, evitando o cumprimento de pena antecipado e a ausência de previsão do seu término como costumeiramente ocorre.

Deste modo, a elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Penal sob a égide do Estado Democrático de Direito traz expectativas sobre o estabelecimento de regras que atualizem o ordenamento criminal do país, mas, sobretudo insira substancialmente as premissas que o identifiquem como garantia ao imputado sob a ótica do sistema axiológico trabalhado por Ferrajoli (2006).

---

25/06/2013). Logo após foi proposto o PL nº 5.776/2013 que atualmente encontra-se apensado ao PL nº 8.045/2010, culminando com acórdão do STF (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727 MINAS GERAIS), onde se negou provimento ao recurso extraordinário e reconhecendo o poder de investigação do Ministério Público, onde ressaltou-se que o MP dispõe de competência para promover investigações, por autoridade própria e em prazo razoável (Brasília, 14 de maio de 2015. Ministro GILMAR MENDES Redator do acórdão Documento assinado digitalmente / MINAS GERAIS, 2015).

Questão importante a ser pontuada é que embora exista uma gama de juristas empenhados na elaboração de um regramento de base acusatória, que se amolde aos debates internacionais acerca da efetivação dos direitos e garantias individuais, uma verdadeira reforma ou movimento por um novo código exige revolução cultural e de mentalidades da sociedade; e estrutural do Estado em todas as esferas de poder, que tem, por exemplo, entendido a inserção do juízo de garantias, assim como as audiências de custódia, com ressalvas pelo fato de alguns admitirem que o judiciário não possui estrutura para a sua concretização. Enfatiza Ferrajoli (2006, p. 753, grifo nosso), nessa linha que:

> [...] **a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.** [...] é este substrato político, material e cultural do direito - feito da lealdade das forças políticas em relação às regras do jogo, de sentimento dos cidadãos dos próprios e outros direitos, de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento - que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias externas, não menos importantes do que aquelas internas ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais.

Compreender que o PL nº 8.045/2010 ainda não foi aprovado pelo congresso nacional e não tramita em regime de urgência instiga uma reflexão que pode inicialmente pautar-se no entendimento de que há uma acomodação por parte do Estado e uma deliberação em prosseguir nos moldes atuais do processamento criminal (Decreto-Lei nº 3.689/1941). Além disso, o Conselho Nacional de Justiça tem suprido demandas concernentes a garantias dos acusados, ao editar resoluções que regram conteúdos processuais penais; e o Supremo Tribunal Federal gerado controvérsias acerca da relativização do princípio basilar constitucional do estado de inocência[14].

O projeto aqui analisado corresponde a uma perspectiva de adequação do processamento criminal às premissas contemporâneas do Estado Democrático de Direito, posto que compreendido como garantia. Entretanto, muito da proposta do PL e do ideal garantista vem sendo considerado como algo distante da realidade do nosso país.

Um sistema penal puramente acusatório depende, além de um Código de Processo Penal que se paute no contraditório e na ampla defesa, de um Estado cujas instituições estejam efetivamente atuantes e cujos Poderes Estatais estejam em conformidade pela busca da vontade, em texto declarado, da Constituição. De outro modo, corresponderão pretensões utópicas.

---

[14] O STF julgou no dia 17/02/2016, o HC 126.292, que discute a legitimidade de ato do TJ/SP que, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o início da execução da pena. Por maioria, 7 votos a 4, o plenário mudou jurisprudência da Corte, afirmando que é, sim, possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

A própria compreensão da criminologia não é um fim em si mesmo, é na verdade, uma captação da realidade baseada no contexto social concebido pelo Estado (BARATTA, 2002; ANDRADE, 2003). Logo, ao compreender o tenso caminho pela efetivação de um processo penal garantista, conclui-se pela própria descrença na atuação efetiva do Estado e pela crise de legitimidade que deriva ao perceber as imperfeições estatais no trato da questão criminal (ZAFFARONNI, 2013), nítida expressão da questão social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As percepções oriundas da investigação proposta nesse artigo demonstram a necessidade de adequação da Codificação Processual Penal, assim como de todo o Direito, às diretrizes internacionais pautadas na efetivação da dignidade humana.

O Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei nº 3.689/1941) sinaliza uma disfuncionalidade a respeito da compreensão da persecução penal, para além da sua instrumentalidade da efetivação do Direito Penal, como garantia de contenção do poder punitivo Estatal. A nossa codificação não experimentou a constitucionalidade necessária para a percepção de instrumento de limitação do poder, fato justificável pelas influências do tempo de sua elaboração no contexto do autoritarismo, suas vertentes e repercussões.

Não há dúvidas de que o Projeto de Lei nº 8.045/2010, caso seja sancionado, trará grandes avanços ao processamento criminal, posto que inova ao introduzir as determinações a respeito da persecução penal com um arcabouço principiológico norteador, pelo que se percebe, de um *Devido Processo Penal*, estabelecido logo no art. 1º do projeto, haja vista que determina que o processo reger-se-á por princípios constitucionais nacionais e preceitos internacionais que asseguram a observância dos direitos humanos.

Além disso, outro importante ponto, muito bem expresso no Projeto de Lei em estudo, é a demarcação estrita das funções dos sujeitos processuais na medida em que se pretende um sistema acusatório, embora se saiba muitas resistências encontrará ante a própria configuração atual do sistema de justiça criminal. O juízo de garantias é, nessa esteira, um dos importantes mecanismos, talvez o mais preponderante, para a efetivação desse sistema pretendido, ainda que alvo de várias críticas dentro e fora do âmbito do judiciário e interpretado como fomentador da impunidade, principalmente no que diz respeito à audiência de custódia e a compreensão distorcida sobre direitos humanos e sobre as funções do processamento criminal nesses tempos de desencanto.

Sob a ótica *ferrajoliana,* a ausência de garantias e/ou sua deficitária efetivação impede a concretização de direitos e, por conseguinte, do *Devido Processo Penal*, além de

realçar as funções do Estado Penal em detrimento das finalidades essenciais, com arrimo constitucional, de gerar emancipações, fomentar liberdades e fortalecer o legítimo monopólio do direito de punir em contexto de necessária afirmação de direitos humanos dos sujeitos em conflito com lei penal.

**REFERÊNCIAS**


AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRADE, Vera Regina. **Sistema penal máximo X cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, 25 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.900, de 4 de abril de 2016. Altera a redação do parágrafo único, do artigo 75, do artigo 83 e acrescenta parágrafo único ao artigo 112, ambos do Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Câmara dos Deputados**, 7 abr. 2016a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 7.514, de 26 de abril de 2017. Altera o artigo 20 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, cuidando de respeitar os direitos de imagem e de intimidade do investigado, e prevendo situação de responsabilidade pessoal ao agente público que tenha dado causa à violação desses direitos. **Câmara dos Deputados**, 11 maio 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Emenda da Comissão nº 24/2016. **Câmara dos Deputados**, 2016b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Emenda da Comissão nº 29/2016. **Câmara dos Deputados**, 2016c. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Emenda da Comissão nº 4, de 16 de março de 2016. **Câmara dos Deputados**, 16 mar. 2016d. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Emenda da Comissão nº 79/2016. **Câmara dos Deputados**, 2016e. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Emenda Supressiva nº 30/2016. **Câmara dos Deputados**, 2016f. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. **Câmara dos Deputados**, 22 dez. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2017.
CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo:** ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
_____. **A sociedade punitiva.** Petropólis: Vozes, 2015.
GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2017.
GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Metástases do sistema inquisitório**. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penais. Florianopólis: Empório do Direito, 2018.
_____. **Autoritarismo e processo penal.** Florianopólis: Empório do Direito, 2018.
HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2015.
ILUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato.** Bologna: Zanichelli, 1979.
JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
JESUS, Damásio de. **Penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **Reflexões sobre o monopólio estatal da força e seus delineamentos à luz da gramática dos direitos humanos na contemporaneidade.** In GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri. Biodiversidade, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; ARAUJO, Igor Jordão Lima. **O trato constitucional às liberdades e os limites para concessão do Habeas Corpus na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In CARVALHO, Érika Mendes de et al. Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line]. Disponível em www.conpedi.org.br/publicacoe. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Acesso em 14 abr 2019.
KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas**. São Paulo: Verita Editora, 2010.
LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
_____. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, dez/2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em: 1 out. 2017.
LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (2016)**. Disponível em : www.academia.edu.com. Acesso em 10 de abr 2019.
MATO GROSSO. Recurso em Sentido Estrito RSE 00008027820168110026 26360/2017. Relator: Des. Juvenal Pereira da Silva. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2017. Disponível em: < https://tj-mt.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 28 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Recurso Extraordinário nº 593.727/2015. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 maio 2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 28 ago. 2018.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José da Costa Rica: ONU, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em: 1 out. 2017.
PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
PARÁ. Habeas Corpus 63.119-PA (2006/0158343-3). Relator: Min. OG Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 mar. 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/>. Acesso em: 25 set. 2018.
PARANÁ. Acórdão nº 1358323-2. Relator: José Laurindo de Souza Netto. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 1560, 8 maio 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/>. Acesso em: 25 set. 2018.
PRADO, Caio Fernando Ponczek. **Processo penal e mentalidade inquisitória: das vozes do pretérito que ecoam no presente.** In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Orgs.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina (vol.3). Florianopólis: Empório do Direito, 2017.
ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. **Empório do Direito**, 21 fev. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/>. Acesso em: 13 out. 2017.
SÃO PAULO. Habeas Corpus 126.292 SP. Relator: Min. Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/>. Acesso em: 25 set. 2018.
ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. **A questão criminal: la palavra de los muertos**. Rio de Janeiro: REVAN, 2013.