

EXPECTATIVA VERSUS REALIDADE: NOTAS SOBRE UMA CONSTITUIÇÃO GARANTISTA EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO PUNITIVO”

ANA PAULA MOTTA COSTA¹

BRUNO JACOBY DE LAMARE²

CAROLINA DE MENEZES CARDOSO PELLEGRINI³

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ENTRE O PROGRESSO CONSTITUICIONAL E O CONSERVADORISMO PENAL. 3. COMO ENTENDER E INTERPRETAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ATUALIDADE. 4. OS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS PARA UM DEBATE FUTURO. REFERÊNCIAS.

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Berkeley (CA). Doutora em Ciências Criminais pela PUC-RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS. Instituição de vínculo: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) E-mail: anapaulamottacosta@gmail.com.

² Doutorando em Direito pela UFRGS. Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Juiz de Direito. Instituição de vínculo: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) E-mail: brunolamare@gmail.com.

³ Doutoranda em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Advogada e Economista. Instituição de vínculo: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: menezescarolina@gmail.com.

RESUMO: O presente ensaio tem como objetivo apresentar considerações acerca do cenário de disputas entre as correntes do progressismo e conservadorismo no contexto da Assembleia Nacional Constituinte e do sistema penal posto no Brasil anteriormente a 1988, ano de promulgação da Constituição Cidadã. Parte-se do pressuposto de que tais disputas exigem atuação hermenêutica, adequação da legislação infraconstitucional e do auxílio da doutrina, de forma a não se esvaziar a efetividade do texto promulgado. Da pesquisa realizada, obtém-se que o Estado da Arte do Direito Penal antes da Constituição Federal era marcado por características autoritárias, compatíveis com os regimes de exceção nos quais foram forjados (e a que serviram) os Códigos Penal e de Processo Penal. A Assembleia Constituinte, entretanto, mostrou-se progressista no campo do sistema penalista, buscando sedimentar como direitos e garantias individuais a presunção da inocência, o devido processo legal e o modelo processual acusatório, ainda que de forma implícita. Todavia, são diversos os bloqueios culturais e infraconstitucionais que impedem que a Constituição de 1988 imponha as garantias e direitos nela estabelecidos, o que em última medida impede a concretização da ordem democrática como concebida.

PALAVRAS-CHAVE: Assembleia Nacional Constituinte; Progressismo; Conservadorismo; Sistema Penal; Constituição Federal de 1988.

EXPECTATION VERSUS REALITY: NOTES ON A GUARANTIST CONSTITUTION IN A PUNITIVE LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This essay aims to present considerations regarding the landscape of disputes between the progressive and conservative currents within the context of the National Constituent Assembly and the penal system in Brazil prior to 1988, the year when the Citizen Constitution was promulgated. It is assumed that such disputes require hermeneutical interpretation, adaptation of infraconstitutional legislation, and the assistance of doctrine in order not to undermine the

effectiveness of the promulgated text. From the research conducted, it is evident that the State of Art of Criminal Law prior to the Federal Constitution was marked by authoritarian characteristics, compatible with the exceptional regimes in which the Penal and Criminal Procedure Codes were forged (and to which they served). The Constituent Assembly, however, demonstrated a progressive stance in the field of criminal law, seeking to solidify, albeit implicitly, principles such as the presumption of innocence, due process of law, and the accusatorial procedural model as individual rights and guarantees. However, there are various cultural and infraconstitutional obstacles that prevent the 1988 Constitution from imposing the rights and guarantees established therein, ultimately hindering the realization of the democratic order as conceived.

KEYWORDS: National Constituent Assembly; Progressivism; Conservatism; Penal System; Federal Constitution of 1988.

1. INTRODUÇÃO

O cenário de disputas de interesses progressistas e conservadores no contexto de produção de normas constitucionais pode ir muito além do palco da Assembleia Constituinte, uma vez que o papel desempenhado por instituições de atuação hermenêutica, pelo legislador infraconstitucional e pela doutrina pode se mostrar efetivo em esvaziar a efetividade do texto promulgado. No Brasil, embora a Constituição Federal de 1988 tenha assegurado garantias relevantes no plano das liberdades públicas, houve, após a promulgação do texto, um reagrupamento dos interesses conservadores em torno do objetivo de bloquear os efeitos das referidas conquistas⁴.

A Constituição Federal de 1988 pode ser qualificada como progressista em matéria penal, uma vez que, de um lado, em âmbito processual, consagra o princípio do devido processo legal, do qual é corolário o modelo acusatório; e, de outro, em relação ao direito material, consagra o paradigma liberal de

⁴ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014. Capítulo 9. p. 309-346.

proteção do cidadão em face dos arbítrios do Estado. Ocorre que o espectro infraconstitucional penal brasileiro anterior a 1988 encontrava-se eivado, respectivamente, nos planos processual e material, de disposições inquisitoriais e arbitrárias.

Passados 35 anos da promulgação da “Constituição Cidadã”, como assim ficou conhecida a nova Carta Magna do país, o que chama atenção é o fato de que, mesmo diante do texto constitucional em vigor, os dispositivos materialmente incompatíveis com a Constituição seguiram, com o aval de parcela da doutrina, sendo aplicados por parte significativa dos operadores jurídicos⁵.

Nesse contexto, o que se propõe, no presente estudo, é investigar em que medida o campo do Direito Penal Brasileiro após 1988 exemplifica o papel que pode ser desempenhado por estruturas externas ao espectro político constituinte para bloquear conquistas progressistas asseguradas no texto constitucional. Diante desse cenário, debruça-se, especialmente, sobre a resistência exercida pelo legislador infraconstitucional e pela doutrina, sobretudo no que condiz à contribuição desta última para fins de justificar a recepção de normas materialmente inconstitucionais e para legitimar construções teóricas que contrariam o viés de contenção do poder punitivo idealizado pelo constituinte. Trata-se de uma investigação de até que ponto o estado da arte anterior do Direito Penal adequou-se à nova realidade trazida pela Constituição.

Como metodologia de pesquisa, propõe-se a construção de referencial bibliográfico condizente com a problemática estudada, a fim de delimitar os marcadores necessários para melhor compreensão da pesquisa empírica pretendida. Inicialmente, a intenção é de apresentar o Direito Penal codificado, anteriormente à Assembleia Nacional Constituinte. De forma ainda que tímida, busca-se desenvolver teoricamente as principais características do sistema penal brasileiro até aquele momento, com foco nas origens e aplicações do Código Penal e Código Processual Penal. Com tais bases, constrói-se a pesquisa empírica pretendida, a partir da Base de Dados da Assembleia Nacional Constituinte. Privilegia-se, na busca, pelas discussões relativas a três

⁵ PEREIRA, André Martins; PEREIRA, Luana Rochelly Miranda Lima. O processo penal democrático como estratégia de contenção da expansão do sistema penal e seu bloqueio provocado pela criminalização midiática. In: *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 152 - 170, jul/dez. 2016.

grandes tópicos do Direito Penal: princípio da presunção de inocência; devido processo legal; e sistema processual acusatório.

Após, novamente retoma-se conceitos teóricos, visando à compreensão dos possíveis bloqueios infraconstitucionais às inovações da Constituição Federal, ou, ainda, de que forma (se) a Constituição atingiu suas potencialidades, diante de um Ordenamento Jurídico tradicionalmente conservador.

2. ENTRE O PROGRESSO CONSTITUCIONAL E O CONSERVADORISMO PENAL

Há um claro antagonismo entre a natureza, respectivamente, autoritária e democrática do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, afirma-se que os traços de inquisitorialidade que emanam daquele primeiro Diploma Normativo estão de tal forma enraizados na cultura dos operadores jurídicos que o referido antagonismo nem sequer é percebido por uma parcela considerável deles⁶.

O conteúdo positivo do devido processo legal foi contemplado em sua essência na Constituição Federal de 1988, seja porque previu-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV); seja porque houve apontamento expresse quanto à necessidade de observância do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV). É decorrência inafastável do aludido conteúdo positivo que se privilegie o modelo acusatório em detrimento do inquisitorial, sendo certo que aquele primeiro compreende não apenas uma separação clara entre as atribuições de acusar e julgar, mas também a adoção de um sistema de gestão de produção de prova que restrinja qualquer possibilidade de iniciativa probatória pelo Juiz. Ocorre que é, justamente, no aludido campo de iniciativa e gestão probatória que se

⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatorialidade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, julho-dezembro de 2016, pp. 164-166.

manifestam os mais claros traços de inquisitorialidade do sistema infraconstitucional brasileiro anterior a 1988⁷.

De acordo com art. 5º, II, do CPP, cuja redação jamais foi alterada desde 1941, o juiz pode requisitar à Autoridade Policial a instauração de inquérito policial. Ao menos se interpretada literalmente, a redação do dispositivo, a partir do emprego do verbo “requisitar”, denota que a Autoridade Policial não possuiria discricionariedade para deixar de instaurar a investigação quando houvesse determinação da autoridade jurisdicional. Já o art. 28 do CPP, apenas recentemente revogado pela Lei nº 13.964/19, atribui ao juiz a prerrogativa de discordar de pedidos de arquivamento de inquérito policial formulados pelo Ministério Público. Trata-se de dispositivos que, embora materialmente incompatíveis com a Constituição Federal, seguiram produzindo efeitos mesmo após 1988, com o devido aval de significativa parcela da doutrina especializada.

Afirma-se que este papel de resistência exercido pela doutrina quanto ao reconhecimento das conquistas constitucionais é exercido por meio do esforço retórico de argumentação quanto à admissibilidade de sistemas processuais mistos (parcialmente inquisitoriais e acusatórios), cuja compatibilidade material com o texto constitucional seria preservada desde que as provas originariamente produzidas de forma inquisitorial fossem convalidadas em fase judicial posterior. Aponta-se, no entanto, que o sobredito exercício de convalidação não se mostra suficiente para desnaturar a influência que é exercida, sobre o processo de convencimento do julgador, de provas cuja origem tenha sido essencialmente inquisitorial.

No que concerne à insistência da doutrina em desenvolver a sobredita retórica de justificação, afirma-se que, quando da gênese do Código de Processo Penal de 1941, era inerente ao sistema político autoritário então vigente a visão de que a segurança pública deveria prevalecer sobre a liberdade individual. Nesse contexto, a aludida gênese autoritária contribuiu para a construção de uma cultura inquisitorial entre os operadores jurídicos no Brasil, que se habituaram com o protagonismo processual do juiz e normalizaram a sua iniciativa probatória, tudo em nome do “interesse público”, que seria fundamento

⁷ SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatorialidade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, julho-dezembro de 2016, pp. 166-172.

para a busca da “verdade real”. Por fim, argumenta-se, que essa cultura inquisitorial não apenas legitima a insistência dos operadores na aplicação de dispositivos legais materialmente inconstitucionais, como também dificulta a aceitação de reformas normativas que visam a compatibilizar o sistema com o modelo acusatório⁸.

Chega-se, então, à Assembleia Nacional Constituinte com um sistema penal forjado e utilizado em contextos de regimes exceção (Ditadura Vargas, Ditadura Militar), “sob autoritarismo que não serve à democracia”⁹. Cronologicamente, Neto relembra que os códigos penais (de direito material e processual) serviram mais tempo a esses regimes do que a própria democracia, mas não apenas com relação à lei posta. Também os operadores do Direito, políticos e juristas, obtiveram suas formações a partir desses códigos e sob esses contextos, o que inevitavelmente influencia na forma como apreendem e concebem o papel do Direito Penal.

3. OS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Contudo, o que se encontrou na pesquisa aos Anais da Constituinte foi uma realidade distante dos discursos punitivistas que permeavam o Estado da Arte penal. De fato, da análise de três estruturas-chave do campo (princípio da presunção de inocência; devido processo legal; e sistema processual acusatório), a Constituinte formulou as bases de um novo Direito Penal, mais voltado ao garantismo, à defesa de direitos e garantias individuais, em uma tentativa de superar as feridas deixadas pela Ditadura Militar.

O princípio da presunção de inocência está descrito no art. 5º, LVII, da Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio esteve presente na Constituinte

⁸ SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, julho-dezembro de 2016, pp. 173-177.

⁹ SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, julho-dezembro de 2016, pp. 165.

desde o Anteprojeto Constitucional (“Afonso Arinos”), no qual constava, no art. 43, §7º: “*presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa*”¹⁰. À época, trazia-se ainda a expressão “inocente” e não se falava em trânsito em julgado.

Dentre as discussões da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), a pauta foi inserida na Comissão 1 – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Individuais, presidida por Antonio Mariz e relatada por Darcy Pozza. Com relação ao assunto, verifica-se da pesquisa que o papel dos operadores do Direito, seja na academia ou fora dela, foi de grande importância para a construção do debate. Na 2ª Reunião de Audiência Pública, em 24.04.1987¹¹, o Professor Cândido Mendes, convidado para debater sobre as garantias que estariam na nova Constituição, assim questionou: “*quais são essas garantias? [...] hoje se presume a culpabilidade, não a inocência*”, referindo-se justamente ao contexto de autoritarismo que pautava o sistema penal.

Na 4ª Reunião de Audiência Pública, em 28.04.1987, José Viana, Constituinte, questionou a Márcio Thomaz Bastos, participando da Audiência enquanto representante da OAB, a respeito da manutenção dos preceitos da Lei Fleury no ordenamento jurídico, eis que, aos olhos do Constituinte, a lei “*incentiva o crime. O criminoso deve ser preso a qualquer hora*”. Ao que Márcios Bastos responde que “*fora a origem e o nome, ela [a Lei Fleury], na verdade, representa um avanço em termos de processo penal*”, na medida em que “*todo mundo é inocente até que se tenha a culpa provada*”¹².

A Lei Fleury, referida pelo Constituinte José Viana, era a forma conhecida popularmente da Lei n. 5.941/73, promulgada durante a Ditadura Militar como forma de proteção ao Delegado Fleury, notório por suas torturas explícitas de presos políticos. De modo a evitar a prisão do Delegado em possíveis condenações penais, a lei também não trazia menção ao trânsito em julgado, mas previa a possibilidade de que o condenado em primeira instância

¹⁰ ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO. *Diário Oficial da Assembléia Nacional Constituinte* (Suplemento Especial ao nº 185), 26 set. 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

¹¹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Audiências Públicas*. 1987a. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp. Acesso em: 15 out. 2021.

¹² ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Audiências Públicas*. 1987a. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp. Acesso em: 15 out. 2021.

aguardasse o recurso de sua sentença em liberdade. Em que pese a agenda política da origem da lei, como bem referiu Márcio Bastos, ela de fato representou um avanço na legislação penal, um embrião da presunção de inocência que viria a ser proposta na ANC.

Na 17ª Reunião, em 07.05.1987, o Constituinte António de Jesus propôs, a partir da Sugestão n. 385/6¹³, que se inserisse no §6º do artigo de Direitos e Garantias que *“todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada”*, ao passo que, a partir da 20ª Reunião, em 11.05.1987¹⁴, incluiu-se na redação do então §10º que *“considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Houve proposta de Emenda por Délio Braz¹⁵ no sentido de suprimir a expressão “penal”, para *“tornar mais genérico o princípio consagrado no parágrafo, permitindo sua aplicação em todos os ramos do Direito, sem limitá-lo somente ao Direito Penal”*.

O texto aprovado como Anteprojeto da Comissão aduzia que *“presume-se inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”*¹⁶, sendo que tal constou da alínea “g” do art. 12, XV, do projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização¹⁷.

Dentre as emendas relevantes, destaca-se a proposta do Constituinte Naphthali Alves de Souza (PMDB)¹⁸, que buscou, pela emenda 1P09428-3, suprimir por completo referida alínea “g”, sob o argumento de que a regulamentação dos direitos individuais, tal qual a presunção de inocência, caberia à lei ordinária e não ao texto constitucional. Bonifácio de Andrade (PDS), por sua vez, buscou na emenda 1P16855-4 retirar a previsão de trânsito em

¹³ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Atas das Comissões. 1987b*. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Políticos,.pdf Acesso em: 17 out. 2021.

¹⁴ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Atas das Comissões. 1987b*. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Políticos,.pdf Acesso em: 17 out. 2021

¹⁵ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Atas das Comissões. 1987b*. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Políticos,.pdf Acesso em: 17 out. 2021

¹⁶ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Anteprojeto da Comissão 1 – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias. 1987c*. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/ANTE/15476.html>. Acesso em: 23 out. 2021.

¹⁷ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. 1987d*. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/PROJ/29881.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

¹⁸ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Primeiro Substitutivo do Relator. 1987e*. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

julgado, de forma que o dispositivo constasse que “*presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa*”¹⁹. José Ignácio Ferreira (PMDB) apresentou duas propostas de emendas: alteração do termo “acusado” por “imputado”²⁰ na emenda 1P11802-6 e a alteração do termo “inocente” por “culpado” (“*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”) na emenda 1P11998-7²¹, uma vez que a “presunção de inocência” seria doutrinariamente criticável. Essa última emenda foi aprovada, com o texto inserido inicialmente no art. 6º, §15º, após no art. 50, LVIII e ao final no consagrado art. 5º, LVII.

O devido processo legal, por sua vez, consta na Constituição Federal no art. 5º, LIV: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (CF, 1988). Não previsto no Anteprojeto Afonso Arinos (1986), o tema foi objeto de debate na mesma Comissão 1, também na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a partir de propostas de emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão.

Na Fase B da Constituinte, Sigmaringa Seixas (PMDB) propôs a emenda 1C0283-3²² no sentido de incluir no item da segurança jurídica (V) que a ampla defesa fosse assegurada através do devido processo legal, sob a justificativa de que a ampla defesa não poderia ser materializada em um “*processo qualquer e sim o devido processo legal*”, que seria “*um procedimento previsto em lei, e que se conforme em extensão e profundidade à própria lei maior, ou seja, a Constituição mesma*”²³.

Já na Fase E, os Constituintes Leopoldo Peres (PMDB) e Jorge Arbage (PDS) propuseram emendas idênticas (100201-5 e 1001198-1, respectivamente)

¹⁹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Primeiro Substitutivo do Relator*. 1987e. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

²⁰ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Primeiro Substitutivo do Relator*. 1987e. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

²¹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Primeiro Substitutivo do Relator*. 1987e. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

²² ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emendas ao Anteprojeto do Relator da Comissão – Constituinte Fase B, vol. 79, 1987f*. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20legal;f1-AVULSOB=X>. Acesso em: 26 out. 2021.

²³ Consta como “não informado” nos Anais da Constituinte se a Emenda seguiu objeto de discussão.

para que constasse na redação do §15º do artigo único dos Direitos e Garantias Individuais o devido processo legal, à justificativa de que²⁴

a interpretação judicial, a prática administrativa, e mesmo a construção acadêmica, **todos mal orientados** [...] levaram ao **estreitamento** da aplicação desses princípios [ampla defesa e devido processo legal] e mesmo à sua **denegação**. As sindicâncias e inquéritos secretos ensejaram a ‘montagem’ de **processos que já nasceram condenando os acusados**, os quais, surpresos e atônitos, não só não conheciam, nem como foram obtidas as provas e os testemunhos. (grifamos)

Tais emendas foram acolhidas parcialmente para que o termo passasse a constar do parágrafo. No Plenário, o texto aprovado trazia o devido processo legal no art. 6º, §14º, e, a partir de proposta de Douto Vivaldo Barbosa (PDT), passou a constar no art. 5º, LIV.

Por fim, o modelo processual acusatório não foi objeto de explícita discussão textual da Constituinte. O que se tem, em verdade, é a construção doutrinária de que esse teria sido o modelo adotado na Constituição Federal, ainda de que de forma implícita, já que se consagrou a separação entre o poder do Ministério Público de promover de forma privativa a ação penal pública (art. 129, I, CF) e dos julgadores (de primeira instância e superiores) de “processar e julgar”. Dessa forma, evidencia-se a tríade do sistema processual acusatório, descrita por Neto (2016): acusação; defesa (técnica) e juiz imparcial.

As funções institucionais do Ministério Público já constavam do Anteprojeto Afonso Arinos (1986) no art. 312²⁵, sendo que o inciso I trazia justamente a prerrogativa de promover a ação penal pública. O tema foi inserido na Comissão 1, Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais e o debate promovido se deu não no sentido de questionar a legitimidade do Ministério Público de promover tais procedimentos e sim se essa iniciativa deveria/poderia ser considerada um direito ou garantia individual. Em proposta de emenda

²⁴ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emendas oferecidas à I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* – Constituinte Fase E, vol. 65. 1987g. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20legal;f1-AVULSOE=X>. Acesso em: 26 out. 2021. p. 49.

²⁵ ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO. *Diário Oficial da Assembléia Nacional Constituinte* (Suplemento Especial ao nº 185), 26 set. 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

(1C0367-8) ao Anteprojeto da Subcomissão²⁶, José Ignácio Ferreira (PMDB) propôs que se inserisse no artigo parágrafo único que condicionasse o processo penal à iniciativa do Ministério Público querelante, sob a justificativa de que o dispositivo teria como objetivo “*assegurar o processo penal acusatório, por iniciativa da parte, impedindo os processos ‘judicialiformes’ ou ações penais ‘ex officio’*”. No Primeiro Substitutivo do Relator, já na Comissão de Sistematização, os Constituintes Jorge Leite (PMDB) e Theodoro Mendes (PMDB) propuseram que fosse inserido no art. 6º a vedação a “*qualquer procedimento inquisitório*”, o que não foi aprovado²⁷. De modo que o sistema acusatório não restou consagrado como garantia ou direito individual e ficou restrito aos demais campos do texto constitucional.

Superados esses debates, verifica-se que houve divergência entre os Constituintes quanto aos termos “privativamente”, “originariamente” ou “exclusivamente”. Na Fase G, Nelson Jobim propôs, por meio da emenda 3S0108-6, que se utilizasse a expressão “com exclusividade”, sob a justificativa de que tal seria um “*avanço constitucional*”, assegurando aos indivíduos a garantia (ainda que não no artigo específico) de que a aplicação da lei seria realizada por “*órgão estatal dotado de imparcialmente*”, afastando assim “*qualquer ideia de vingança privada*”²⁸. A proposta foi aprovada na referida fase, mas não prosseguiu para a Fase H. João de Deus Antunes (PTB) fez proposta de emenda 2T00160-6 na Fase U²⁹ em sentido contrário, a fim de que fosse suprimida a expressão “privativamente”. A emenda foi rejeitada, sob parecer de que “*devem ser do Ministério Público em caráter privativo e, em tal caso, como de sua iniciativa exclusiva a promoção da ação penal pública*”.

O texto aprovado no Plenário quanto ao art. 158, I, previa que caberia privativamente ao Ministério Público promover a ação penal público, tendo

²⁶ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Anteprojeto da Comissão 1 – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias*. 1987c. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/ANTE/15476.html>. Acesso em: 23 out. 2021.

²⁷ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Primeiro Substitutivo do Relator**. 1987e. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

²⁸ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emendas oferecidas à I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Constituinte Fase G*, vol. 67. 1987h. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20legal;f1-AVULSOG=X>. Acesso em: 26 out. 2021.

²⁹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emenda: 00160 – Fase U*. 1987i. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-U/68966.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

havido, a partir daí, alteração apenas na numeração do artigo, que passou a corresponder ao art. 135, I, e, posteriormente, ao consagrado art. 129, I, este último sua numeração definitiva³⁰.

Da análise dos Anais da Constituinte, verifica-se que há um surpreendente silêncio dos Constituintes quanto às matérias sensíveis ao Direito Penal. Silêncio esse ensurdecador, em um contexto de superação dos regimes autoritários que comandaram por décadas o país e que exigia, sobremaneira, a discussão da adequação dos códigos e sistemas penais ao novo sistema democrático que se buscava instaurar. A par da presunção inocência, que foi objeto de discussão em audiências públicas, os debates penais passaram incólumes, o que, em última análise, é sintomático do modo como o direito penal está inserido na ordem democrática brasileira e da forma como os bloqueios infraconstitucionais e, principalmente, culturais, impedem um verdadeiro avanço na problemática.

Por outro lado, já posteriormente à entrada em vigor da Constituição, é de se notar que a retórica conservadora seguiu representada na forma de construções doutrinárias que visam a desvirtuar as conquistas progressistas consagradas no texto promulgado. Dentre aquelas, é exemplo a chamada teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização.

Determinados incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 impuseram ao legislador infraconstitucional a necessidade de criminalizar certas condutas e, ainda, de as punir de forma especial, o que corresponde ao que a doutrina denomina de mandados expressos ou explícitos de criminalização. Ocorre que, a partir do início do Século XXI, começou a repercutir entre constitucionalistas brasileiros visão extraída do constitucionalista alemão no sentido de que, em virtude da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, haveria, nos textos constitucionais, independentemente de mandados explícitos, comandos implícitos de criminalização de condutas como condição para preservação da eficácia daqueles direitos fundamentais. O fundamento dessa concepção decorre da valoração do princípio da proporcionalidade como instrumento não apenas da vedação do excesso, como também da proteção deficiente de direitos fundamentais. Assim, parte-se da

³⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

premissa de que o direito penal (ou seja, a criminalização de condutas) consiste no único meio suficiente para proteção do bem jurídico, compreendido como a proteção de que necessitariam determinados direitos fundamentais para sua efetivação³¹.

Essa concepção, porém, do ponto de vista criminológico, pode ser criticada a partir da constatação quanto à impossibilidade da intervenção penal alcançar, efetivamente, em um plano concreto, os objetivos de prevenção geral e especial que o discurso formal atribui às penas em geral. Questiona-se a premissa de que o Direito Penal consiste na alternativa mais eficiente, dentre as possibilidades de intervenção passíveis de serem adotadas pelo Estado, para a proteção dos direitos fundamentais. Afirma-se, também, do ponto de vista da dogmática penal, que o Direito Penal construído sob o paradigma liberal visa a proteger o cidadão e seus direitos individuais em face de eventuais abusos do Estado em sua atuação punitiva, de modo que é questionável a opção de vincular a teorização dos direitos fundamentais à expansão e não à contenção do poder punitivo (SCALCON, 2009, p. 71-89).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS PARA UM DEBATE FUTURO

A Carta Constitucional de 1988 marcou a passagem do movimento democrático no Brasil e conseqüentemente redesenhou o exercício do poder no país, voltando-se à promoção dos direitos humanos enquanto tarefa atribuída ao Estado, precipuamente. Se a premissa base até então era de que todo poder tende a ser autoritário e precisa de limitações, o constitucionalismo contemporâneo estabelece sobremaneira as garantias processuais constitucionais no intuito de impedir abusos no exercício desse poder, no âmbito da instrumentalidade processual penal. A partir daí, o Código de Processo Penal passou por uma releitura de seus principais institutos a fim de adequar-se ao projeto constitucional, conferindo-lhe aparente efetividade.

Finalizada a Assembleia Nacional Constituinte, chega-se à uma constituição do Estado social, de valores refratários ao individualismo no Direito

³¹ SCALCON, Raquel Lima. *Mandatos Constitucionais (Implícitos) de Criminalização?*. Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

e ao absolutismo no poder. A problemática reside justamente no fato de que apesar de extenso, o rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna não encontra abrigo nessa efetividade, especialmente desde a perspectiva do processo penal. Com a Constituinte, inicia-se (ou, formaliza-se) um esforço doutrinário e, por que não, político, de contornar as adversidades do período ditatorial do Brasil, o que acaba por expor um sistema penal frágil e por vezes antidemocrático, incompatível com o novo momento do país.

A superação dos bloqueios culturais, nesse sentido, representa ainda hoje um desafio para a plena eficácia da Constituição Federal – o Código de Processo Penal que segue vigente possui suas bases na era ditatorial do Estado Novo de Vargas, inspirado no código fascista italiano de 1930. Tem-se, portanto, flagrantes bases autoritárias e inquisitórias, que obstaculizam a transformação social que a Constituição aspirou e comprometem a efetividade das garantias por ela propagadas.

Na doutrina, muito embora exista o reconhecimento da conformidade constitucional quanto ao conteúdo do modelo acusatório, a compreensão de um sistema deve considerar não só tal normatização, mas também as decisões dos respectivos Tribunais, práticas costumeiras e culturais. A característica determinante do modelo acusatório inegavelmente é a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, assim determinada pelo desenho atual do sistema processual que foi, sublinha-se, eleito pelo constituinte. Contudo, muito embora esse sistema goze de um manto de princípios e garantias, a realidade demonstra que (ainda) não logrou êxito em afastar as características do sistema inquisitório, que permeiam a legislação ordinária, a doutrina e jurisprudência, mas especialmente as práticas judiciárias.

Partindo desse cenário, o pano de fundo a ser observado é o processo de violação de garantias processuais penais e os efeitos jurídico-sociais e culturais da não perpetuação do modelo constitucional em vigência. Ora, o processo devido é o modelo constitucional que “também informa o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes processuais, desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo”³². São as práticas reiteradamente antiguarantistas do sistema de justiça criminal que

³² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica** / Nereu José Giacomolli – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 93.

(retro)alimentam uma cultura jurídico-institucional pormenorizando a emergência de um processo penal constitucional.

Assim sendo, é a partir dessas perspectivas que se delimita a emergência das garantias processuais penais no Estado Democrático de Direito. O percurso é de reconhecimento dos impactos e bloqueios causados pela democratização e constitucionalização de direitos no contexto político criminal, bem como de uma internalização dos limites constitucionais e humanitários da intervenção estatal legitimadores da persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO. *Diário Oficial da Assembléia Nacional Constituinte* (Suplemento Especial ao nº 185), 26 set. 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Anteprojeto da Comissão 1 – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias*. 1987c. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/ANTE/15476.html>. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. *Atas das Comissões*. 1987b. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Policos,.pdf Acesso em: 17 out. 2021.

_____. *Audiências Públicas*. 1987a. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. *Emendas ao Anteprojeto do Relator da Comissão – Constituinte Fase B*, vol. 79. 1987f. Disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20Iegal;f1-AVULSOB=X>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. *Emendas oferecidas à I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Constituinte Fase E*, vol. 65. 1987g.

Disponível em:

<https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20legal;f1-AVULSOE=X>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. *Emendas oferecidas à I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Constituinte Fase G*, vol. 67. 1987h.

Disponível em:

<https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=devido%20processo%20legal;f1-AVULSOG=X>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. *Emenda: 00160 – Fase U*. 1987i. Disponível em:

<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-U/68966.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. *Primeiro Substitutivo do Relator*. 1987e. Disponível em:

<https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=1P09428-3>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. *Projeto de Constituição*. 1987d. Disponível em:

<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/PROJ/29881.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014. Capítulo 9. pp. 309-346.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica* / Nereu José Giacomolli – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, André Martins; PEREIRA, Luana Rochelly Miranda Lima. O processo penal democrático como estratégia de contenção da expansão do sistema penal e seu bloqueio provocado pela criminalização midiática. In: *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 152 - 170, jul/dez. 2016.

SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, julho-dezembro de 2016, pp. 164-178.

SCALCON, Raquel Lima. *Mandatos Constitucionais (Implícitos) de Criminalização?*. Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre: UFRGS, 2009.