

HISTORICIDADE, TRANSPARÊNCIA E PROCESSUALIDADE¹

HISTORICITY, TRANSPARENCY AND PROCESSUALITY

*Rui Cunha Martins*²
Universidade de Coimbra

Resumo

O processo penal tem, dentre os seus eixos compreensivos, o da transparência, o qual também desdobrado em um eixo normativo, é vinculado à historicidade. Nesse contexto, não bastam a demarcação de limites ao referido processo penal, mas sim a demarcação de limites de limites.

Palavras-chave

Processo Penal. Limites. Transparência. Comunicação. Celeridade.

Abstract

The criminal procedure has, among its understanding axes, that of transparency, which also unfolded in a normative axis, is linked to historicity. In this context, it is not enough to demarcate limits to the aforementioned criminal process, but rather to demarcate limits of limits.

Keywords

Criminal proceedings. Limits. Transparency. Communication. Celerity.

Como todos os eixos compreensivos desdobrados em eixos normativos, também o ideal da *transparência* processual penal não logra escapar à sua própria historicidade. A tradução pragmática desta inevitabilidade diz-se assim: os suportes argumentativos e as valências

¹ Esse artigo corresponde à conferência proferida no X Congresso Internacional de História do Direito, realizado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas – PE, em agosto de 2018.

² Professor da Universidade de Coimbra. Membro do *Ius Gentium Conimbrigae*. Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX

técnicas transportadas pelos mecanismos da transparência trabalham no âmbito de quadros históricos que tanto podem inflacionar como depreciar o respectivo valor funcional, e, sobretudo, que, ao condicionarem a factores como época e contexto a estima social, política e jurídica da respectiva operatividade, podem fazer com que a activação de um determinado mecanismo processual tenha, em dado momento, resultados significativamente distintos ou mesmo antagónicos por comparação com aqueles que haviam impulsionado, um dia, a sua criação. De certa maneira, a historicidade da Justiça é ditada pela historicidade dos seus próprios mecanismos.

Vejamos, para nos cingirmos, para já, ao exemplo dado, o que pode estar em causa na altura de o processo penal assumir o objectivo da *transparência*. É bem verdade que “o processo penal democrático necessita de publicidade dos seus procedimentos e assegurá-la pode impedir que se coloque no seu lugar a publicidade espectacular dos actores que deles tomam parte, além de facilitar o controle e coibir os excessos”³. É certo, também, que a publicidade reforça o “sentimento de co-responsabilidade”, tanto dos cidadãos como dos órgãos estatais, na administração da justiça⁴. E é, enfim, correcto dizer-se, em relação a garantias processuais como a *publicidade dos actos* e a *motivação das decisões*, que se trata de *garantias das garantias*⁵, dado assegurarem o controlo sobre as restantes fases do processo e responderem a uma “exigência mais ampla de *transparência* no exercício do poder”⁶. Mas, pergunta-se: até que ponto estes instrumentos de constrangimento e controlo mantêm a sua eficácia num mundo em que as condições de

³ Geraldo Prado, *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 184.

⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, cit. por António Magalhães Gomes Filho, *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 640.

⁶ António Magalhães Gomes Filho, *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

mediação e o sistema comunicacional no seu todo passam por modificações constantes, capazes de pôr em causa o efeito pretendido pelos tradicionais mecanismos de intermediação entre sistemas, seja, no caso, o sistema jurídico e o sistema social? Até que ponto é lícito esperar da *transparência*, hoje, o mesmo efeito de correção que historicamente a guindou a exigência de um processo instruído em moldes democráticos? E não será mesmo de admitir que, a exemplo do que acontece com múltiplos outros instrumentos delineados para minorar a pulsão da indignidade, também os mecanismos ao serviço da transparência possam reconfigurar-se enquanto expressões do que seria suposto eles constrangerem?

A equação destas questões carece de uma indagação prévia sobre o significado da transparência em matéria processual. Um significado que começa por se desvelar na história do próprio processo, na medida em que a publicidade dos procedimentos vincula-se à inversão histórica (de inspiração greco-romana e iluminista) patrocinada pelas reformas revolucionárias setecentistas, onde a sua adopção sinalizou a recusa do segredo que, no âmbito dos regimes absolutos, era a prática dos sistemas processuais inquisitórios. É esta marca genética que permite ao paradigma da “transparência” (concretizado quer por via da *publicidade* dos procedimentos processuais, quer por via da exigência de *motivação* das decisões penais) confundir-se doravante com o próprio exercício da democracia, mormente com a desejável clareza dos assuntos públicos ou com a possibilidade de controlo popular sobre o uso do poder. Conforme explica Gomes Filho, se, de acordo com a aceção de Bruggemann, o Estado de direito é o “Estado que se justifica”, então “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados ou os juízes superiores que irão apreciar eventuais impugnações, mas também a *opinião pública*, ou seja, o próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. Na democracia, como argutamente observou Ramat, a opinião pública é o *juiz natural* da magistratura”⁷.

⁷ Idem, 80.

È neste ponto que uma observação se torna necessária. Nota, assim, o mesmo autor, que “é preciso não confundir, entretanto, o objectivo de um controle geral e difuso da opinião publica sobre a actuação do Judiciário, inerente à motivação e à publicidade dos julgamentos, com outra coisa, absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à própria população, com o propósito de fazer crer que a sociedade *quer* determinada decisão. Além do risco concreto de manipulação de resultados, isso acabaria mesmo por suprimir a função jurisdicional, levando o magistrado a adoptar, como próprias, escolhas adoptadas, ilegitimamente, em outras instâncias decisórias”⁸. E conclui: “o que a motivação deve propiciar, ao invés, é a *comunicação entre actividade judiciária e a opinião pública*, ensejando a apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o direito”⁹.

A *comunicação*, por conseguinte. Comunicação entre a actividade processual e o ambiente social. É ela que a *transparência* buscada para o processo penal deve tratar de garantir. Com certeza que sim. O que se passa é que, assim sendo – e não pode mesmo ser de outra forma –, o assunto fica sujeito às vicissitudes que marcaram o próprio sistema de comunicação: alterações na estética comunicacional, mutações ao nível das formas de mediação, acelerações de índole técnica, oscilações dos regimes de expectativas, intercâmbio de posições entre receptor e emissor, modificações conjunturais dos jogos políticos subjacentes ao exercício comunicacional, inversões da respectiva função social, e assim por diante. Porque uma coisa é certa: ao orientar-se para a *opinião pública* (e isto independentemente das filiações históricas em presença) o processo judicial aceita implicitamente que produz essa mesma opinião pública e é produzido por ela. Será grave?

Para responder a esta questão, interessará equacionar a nossa problemática a partir de um outro posto de observação, o tema da *celeridade processual*. Dispomos, para mais, de uma acutilante aproximação ao problema feita por Jacinto Coutinho, num contexto tão particular quanto o

⁸ Idem, 81.

⁹ Idem.

foi o das reformas parciais introduzidas em 2008 ao Código de Processo Penal Brasileiro, um ambiente reformista espartilhado entre a definição de “mudanças para tudo permanecer como esteve” e a tendência para tudo vir conduzido “sob a égide do discurso fácil da *celeridade* que adquire, no processo penal, feição por demais perigosa aos direitos fundamentais (a começar pelo devido processo legal), restando, *em última ratio*, por ser apenas uma *palavra sutil* no lugar de *punitivismo* e *repressão* e, portanto, no mais das vezes, indo de encontro aos princípios e regras constitucionais”¹⁰. Importa, pois, para aquele autor, não descurar o discurso político escondido por detrás da tendência, a começar pelas premissas em que assenta: “premissas falsamente similares para tratar de fenômenos *autônomos* e *distintos* que são o objecto das disciplinas do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. Com *denominadores comuns diferentes*, um *sistema diverso* (o que significa um princípio unificador diverso), um *conteúdo do processo diverso* e uma *diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental* (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria, muito menos *geral*. Ela, quando aparece, sempre acaba tendo os postulados do DPC aplicados ao DPP, o que invariavelmente significa utilização de uma *lógica patrimonial e privatista* nesta dimensão do direito em cujo desenrolar *se vive e se morre*, que é o processo penal”¹¹.

Semelhante esbatimento de fronteiras, de nenhuma inocência, ajuda a perceber a matriz política que o suporta, explicando também o carácter nevrálgico aí tomado pelo ideal de celeridade, isto é, o porquê de “falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “*pericimento de um bem*”. Porque o que se joga aqui, advoga-se, é “optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da

¹⁰ Jacinto Nelson Miranda Coutinho, “As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 16, nº 188, Julho 2008, 11-13.

¹¹ Idem.

violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque o seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*. [Posto o que,] falar apenas em *celeridade* como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da *eficiência* que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo”¹².

Que esta leitura política do argumento da celeridade se justifica, mostra-o bem o facto de a questão motivar ainda um visível braço de ferro no âmbito do mais recente debate a propósito da redacção e aprovação do novo Código de Processo Penal. Assim, se o preâmbulo ao Anteprojecto de CPP que está na origem do Código ora em discussão indica – pelo menos até onde terá sido possível estender algum consenso nesta matéria – uma direcção medianamente coincidente com a linha crítica atrás citada, já a respectiva recepção pelo Senado, a avaliar por algumas das Emendas apresentadas, não deixa dúvidas quanto ao espírito norteador da campanha pela celeridade.

Veja-se então o referido preâmbulo, na sua parte VI: “Não desconhecem os membros da Comissão que frequentemente se tem atribuído ao número excessivo de recursos a demora da prestação jurisdicional, de modo a justificar a necessidade da adoção de um critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais. No processo penal, contudo, a questão da extensão recursal há-de encontrar solução à luz da garantia constitucional da ampla defesa, indissociável dos recursos a ela inerentes, como reza o inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, e é próprio do processo penal democrático. A disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou

¹² Idem.

imputados autores de infrações penais”¹³. A ideia norteadora é pois clara: a eficiente administração da função jurisdicional, mesmo sendo condição de efectividade da norma penal, “deve, todavia, atuar dentro dos limites intransponíveis do devido processo legal, que, por certo, compreende, substancialmente, a efetividade dos recursos que não podem figurar nos códigos apenas simbolicamente, como sói acontecer em tempos autoritários, nos quais culmina sempre por germinar, como limite do poder do Estado, a interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, a fazer dele o sub-rogado universal das impugnações recursais”¹⁴.

Inverta-se agora o tom. É quase pedagógica a consulta das intervenções políticas a respeito do Anteprojecto sinalizado neste preâmbulo e, designadamente, das Emendas para ele sugeridas em sede legislativa. Os indicadores de um assalto mais ou menos ostensivo da lógica da celeridade a determinadas garantias inarredáveis traduzem-se aí, por exemplo, numa argumentação preocupada em demonstrar que as duas exigências – a da celeridade e a das garantias processuais – são compagináveis, ainda quando parece o contrário. É este o espírito que preside, por exemplo, a dada Emenda a respeito dos embargos infringentes, onde se sustenta “que esse tipo de recurso contraria o princípio da celeridade processual, mostrando-se perfeitamente dispensável, *sem prejuízo para a ampla defesa*”¹⁵. Uma vealidade logo desmentida pelo teor da resposta: “não concordamos com a tese de que esse recurso seja “perfeitamente dispensável, sem prejuízo para a ampla defesa”, como argumenta o autor. Note-se que, de acordo com o art. 489, *caput*, do Substitutivo, os embargos infringentes somente serão admitidos para atacar acórdão não unânime que, em grau de apelação, reforme a sentença em

¹³ Comissão de Juristas Responsável Pela Elaboração de Anteprojecto de Código Penal, *Anteprojecto*. Brasília: Senado Federal, 2009.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projecto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código do Processo Penal, e proposições anexadas.

prejuízo do réu. Ora, parece-nos evidente, nesse caso, o direito de o acusado manejar os infringentes, posto que a sentença que lhe era favorável foi reformada, não de forma unânime, mas por maioria. *Tratando-se de processo que pode levá-lo à privação de liberdade, nada mais justo do que disponibilizar essa modalidade de recurso ao réu*¹⁶.

“Celeridade, eficiência e economia processual”, tríade literalmente expressa em uma outra Emenda e subentendida em muitas outras, não é bandeira que costume esvoaçar sozinha nestas diatribes argumentativas. Perto dela é bramido o argumento complementar do “clamor público” (para o qual se pretende, por exemplo, o estatuto de hipótese autorizativa da decretação de prisão preventiva, com a justificação de que este último mecanismo viria tratado de forma tímida no CPP)¹⁷. É coincidência a registrar. Se a justificação da celeridade, ao utilizar argumentos internos à economia do processo, procura resguardar-se numa linha de intervenção de cariz em aparência apenas técnico e eivado fundamentalmente de preocupação instrumental, já a inserção desse argumentatário efficientista num plano discursivo mais vasto onde se inclui também a factor “clamor público” ou similares, empurra a lógica subjacente para uma linha de indesmentível cariz político e onde a gestão das expectativas sociais e respectiva manipulação surge como verdadeiro eixo estratégico. Ora, há todas as razões, historicamente fundadas, para desconfiar da utilização do argumento da “agitação social” com fins normativos. Numa dada linha interpretativa, é mesmo possível entendê-la como uma variante do “estado de exceção” e um perigoso intróito a formas pontuais deste último. Por isso, se é ambição estimável que o sistema jurídico escute o sistema social, convirá que ele se prepare devidamente para a função – que aprenda a trabalhar sobre a fronteira entre ambos, que se municie dos instrumentos usados em casos que tais, que perceba o que politicamente está em jogo nessa actividade demarcatória; e que esteja particularmente atento a esse nevrálgico lugar de intermediação inter-sistémico que aí desempenha o sistema

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

comunicacional, intermediação que vem a coincidir, em fim de contas, com a gestão desse fatal encontro entre um sistema jurídico e uma opinião pública co-pertinentes e mutuamente reagentes. Com o que regressamos à nossa pergunta: será isto grave?

Depende. Mas é seguro que não ajuda muito se, do “outro lado”, do lado da opinião pública, estiver placidamente instalada uma *cultura do senso comum*. Porque, nesse caso, não será de estranhar que os célebres e consagrados “valores aceites pela comunidade em cada momento”, aqueles que é mister do sistema jurídico auditar, sejam – permita-se a ironia – de “reduzida complexidade”: rapidez (quer dizer, celeridade) e verdade (quer dizer, transparência); uma junção que, quando compulsiva, costuma chamar-se “evidência” – entenda-se: uma produção probatória mais impulsiva do que corrigida. E por maioria de razão o será se acrescentarmos a este quadro o apego à “normalidade”, valor que tudo indica ser apanágio quer do sistema jurídico, quer do ambiente social. Pense-se, a título exemplar, no instrumento das chamadas “máximas de experiência” – “noções ministradas pela cultura média da sociedade em relação às quais – até em razão da sua definição como dados do conhecimento privado do juiz – não se exige prova” e que, justamente por serem regras fundadas em conhecimentos comuns, “incluem na sua formulação elementos vagos, heterogêneos, mutáveis e ambíguos, confundindo-se muitas vezes com generalizações sem qualquer fundamento, preconceitos, julgamentos morais, vulgarizações pseudo-científicas, que hoje em dia são difundidos com frequência pelos meios de comunicação, assumindo indevidamente a condição de regras certas e universais, qualidades que em alguns casos não possuem”¹⁸.

É sobre este pano de fundo que se levantam os problemas de relacionamento entre sistema de comunicação e sistema jurídico, acentuados, convém dizê-lo, sempre que o direito pretende competir com esses temíveis redutores da complexidade que são os *media*. A minha percepção é a de que o peso tomado pelo ideal de “transparência” no mundo jurídico é a expressão da vontade de competir no *campo da verdade*. E o peso tomado pelo ideal de

¹⁸ António Magalhães Gomes Filho, *op. cit.*, p. 165.

“celeridade” é a vontade de competir no *campo do consumo*. Por outro lado, boa parte das desinteligências verificadas no limiar da juridicidade decorrem, conforme refere Geraldo Prado, do facto de os *media* “passarem subliminarmente a ideia do carácter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça, em comparação com a sumariedade e perfeição da investigação dos *media*”¹⁹. Quando o certo é que, como explica o citado autor, esta ideia escamoteia uma série de situações que importa reconhecer: que “o *processo paralelo* difundido nos *media* é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor os seus pontos de vista”; que, em virtude desta disparidade de tratamento “a presunção da inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como pessoa responsável pela infracção penal, e, em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pelos *media* transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição”; e que “em semelhante situação sofrem o devido processo legal e a liberdade de imprensa e assim esta, que se apresenta como direito civil elementar em uma sociedade democrática, pode terminar produzindo em seu extremo aquilo que deveria evitar: um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude do qual os procedimentos acabam tendo valor exclusivamente formal”²⁰. Pelo que, considerando os procedimentos ilegais de averiguação dos factos, de que os meios de comunicação se socorrem em muitas oportunidades, propõe, com toda a pertinência, o seguinte: “o controle das situações de conflito entre liberdade de imprensa e devido processo legal está em se proibir à imprensa aquilo que é igualmente proibido ao Estado, isto é, fazer uso de informações obtidas criminosamente. Como a censura prévia é impossível, duas alternativas podem ser consideradas: o recurso aos mecanismos de responsabilidade tradicional, de natureza reparatória; e a intransigente

¹⁹ Geraldo Prado, *op. cit.*, p. 181..

²⁰ *Idem*, 180.

proibição de que as partes do processo lancem mão das provas obtidas dessa maneira, a qualquer título”²¹.

Não parece, de facto, que exista outra via. O mesmo é dizer que não parece haver fuga possível à principal consequência da historicidade que rasga transversalmente os dispositivos processuais: a condenação à sobreposição desenfreada de limites e a obrigatoriedade de demarcar não apenas limites, mas limites de limites. Talvez seja essa a geometria preferencial da Justiça.

²¹ *Idem*, 183.