

**FERNANDO JOSÉ BELLINI CABRERA**

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO  
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PUC/SÃO PAULO**

**2005**

**FERNANDO JOSÉ BELLINI CABRERA**

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO  
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

DISSERTAÇÃO À BANCA  
EXAMINADORA DA PONTIFÍCIA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO  
PAULO como exigência parcial para  
obtenção do título de MESTRE em Direito  
das Relações Sociais, sob orientação do  
Prof. Titular Hermínio Alberto Marques  
Porto.

**PUC/SÃO PAULO**

**2005**

# BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Ao Prof. Dr. Hermínio Alberto Marques  
Porto, meu orientador, pelo permanente  
incentivo e pela confiança em mim  
depositada.

# RESUMO

A metodologia do trabalho consiste no estudo inicial do sistema jurídico sob o enfoque da teoria geral do direito tendo em vista que o conhecimento científico do direito propriamente dito é essencialmente um estudo de suas causas lógicas, que são os princípios gerais tirados do direito positivo. As regras do direito positivo, dessa forma, são apenas conseqüências lógicas dos princípios gerais.

Posteriormente, também, com este estudo inicial, sobre a ordem jurídica, se verifica que negar a tal ordem seu fundamento na justiça e nas exigências da natureza humana significa reduzir o direito a um simples produto da força dominante no meio social, seja ela à vontade de um chefe, de um órgão legislativo ou judicante, dotado de poder coercitivo, ou mesmo à opinião da maioria.

Os princípios são os mandamentos nucleares de um sistema, de modo que no presente trabalho, notadamente sob o enfoque do princípio da publicidade no direito processual penal, objetivou-se estudar suas repercussões no processo penal já à luz da Constituição Federal de 1988, fundamentado, também, nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, tais como o princípio da dignidade e do Estado Democrático de Direito.

# ABSTRACT

The work methodology consists of the initial study of the legal system, using a general theory of law approach, and considering that the scientific knowledge of law itself is essentially a study of logical causes, which are the general principles originated in positive law. Thus, the rules of positive law are merely logical consequences of general principles.

Furthermore, this initial study on legal order, confirms that to deny that such order is based on justice and on the requirements of human nature, would be equivalent to reducing law to a simple product of the dominant power of the social environment, whether it is the desire of a chief, a legislative or judging entity to which coercive powers have been granted, or even the opinion of the majority.

Principles are the nuclear commandments of a system and, therefore, this paper, making notorious use of the approach of the principle of advertising in criminal procedural law, targets the study of its repercussions in the criminal procedure, in the light of the Federal Constitution of 1988, and is also based on the fundamental guarantees of human beings, such as the principle of dignity and the Democratic State of Law.

# SUMÁRIO

<b>1. Breve Introdução.....</b>	<b>11</b>
<b>2. O pensamento kelseniano</b>	
<b>2.1 “A pureza” .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2 O ato e seu significado jurídico.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato.....</b>	<b>17</b>
<b>2.4 A norma</b>	
<b>a) A norma como esquema de interpretação.....</b>	<b>17</b>
<b>b) Norma e produção normativa.....</b>	<b>18</b>
<b>c) Vigência e domínio de vigência da norma.....</b>	<b>19</b>
<b>d) Regulamentação positiva e negativa.....</b>	<b>20</b>
<b>e) Norma e valor.....</b>	<b>20</b>
<b>2.5 A ordem social</b>	
<b>a) Ordens sociais que estatuem sanções.....</b>	<b>22</b>
<b>b) Haverá ordens sociais desprovidas de sanção ? .....</b>	<b>22</b>
<b>c) Sanções transcendententes e sanções socialmente imanentes.....</b>	<b>23</b>
<b>2.6 A ordem jurídica</b>	
<b>a) O direito: ordem de conduta humana.....</b>	<b>24</b>
<b>b) O direito: uma ordem coativa.....</b>	<b>24</b>

2.7 Os atos de coação estatuidos pela ordem jurídica.....	25
2.8 O monopólio de coação da comunidade jurídica.....	25
2.9 Ordem jurídica e segurança coletiva.....	26
2.10 As normas jurídicas como objeto da ciência jurídica.....	27
2.11 Teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica.....	27
2.12 Norma jurídica e proposição jurídica.....	28
2.13 Ciência causal e ciência normativa.....	29
2.14 Causalidade e imputação; lei natural e lei jurídica.....	29
2.15 O princípio da imputação no pensamento dos primitivos..	30
2.16 O surgimento do princípio causal.....	31
2.17 Ciência social e ciência social normativa.....	31
2.18 Diferenças entre o princípio da causalidade.....	32
2.19 Dinâmica jurídica.....	33
<b>3. O pensamento de Herbert Hart</b>	
3.1 Leis, comandos e ordens.....	36
3.2 A diversidade das leis.....	37
3.3 O soberano e o súdito.....	41
3.4 O direito como união de regras primárias e secundárias	
a) Um novo começo.....	43
b) A idéia de obrigação.....	44

c) Os elementos do direito.....	46
<b>3.5 Os fundamentos de um sistema jurídico</b>	
a) Regra de reconhecimento e validade jurídica.....	47
b) Novas questões.....	49
c) A patologia de um sistema jurídico.....	50
<b>4.0 Dos princípios.....</b>	<b>51</b>
<b>5.0 Do princípio da publicidade e o seu real alcance.....</b>	<b>54</b>
<b>5.1 O princípio da publicidade.....</b>	<b>56</b>
<b>5.2 Valor de princípio constitucional.....</b>	<b>57</b>
<b>5.3 A história do princípio da publicidade.....</b>	<b>59</b>
<b>5.4 O princípio da publicidade no direito comparado.....</b>	<b>62</b>
<b>5.5 O princípio da publicidade no direito brasileiro.....</b>	<b>63</b>
<b>5.6 Atuação estatal e controle social.....</b>	<b>70</b>
<b>5.7 Relação de administração, controle institucional e social.....</b>	<b>71</b>
<b>5.8 Direito positivo, publicidade e controle social.....</b>	<b>73</b>
<b>5.9 Fragilidades do controle social.....</b>	<b>75</b>
<b>6.0 Conceito.....</b>	<b>77</b>
<b>6.1 A garantia da publicidade dos atos processuais penais.....</b>	<b>88</b>
<b>6.2 Categorias de publicidade.....</b>	<b>89</b>
<b>6.3 A garantia da publicidade no direito positivo brasileiro.....</b>	<b>91</b>

<b>6.4 Os tratados de direitos humanos internacionais no DPP.....</b>	<b>92</b>
<b>6.5 A publicidade na investigação criminal.....</b>	<b>106</b>
<b>6.7 O indiciamento e o princípio da publicidade.....</b>	<b>117</b>
<b>6.8 A citação como ato máximo de publicidade no processo...</b>	<b>118</b>
<b>6.9 O novo interrogatório judicial .....</b>	<b>119</b>
<b>7.0 Interrogatório on-line.....</b>	<b>124</b>
<b>7.1 Ação e defesa como forma de exercício da publicidade.....</b>	<b>133</b>
<b>7.2 A defesa e a publicidade como garantias constitucionais..</b>	<b>135</b>
<b>7.3 A publicidade na sentença.....</b>	<b>138</b>
<b>7.4 Correlação entre a acusação e a sentença.....</b>	<b>147</b>
<b>7.5 Coisa julgada e o princípio da publicidade.....</b>	<b>149</b>
<b>7.6 A lei da mordaza e o princípio da publicidade.....</b>	<b>153</b>
<b>7.7 A internet como meio de publicidade.....</b>	<b>170</b>
<b>7.8 A sala secreta e a publicidade.....</b>	<b>170</b>
<b>7.9 A reabilitação e o princípio da publicidade.....</b>	<b>171</b>
<b>8.0 Competência originária e o princípio da publicidade.....</b>	<b>171</b>
<b>9. Conclusões.....</b>	<b>173</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>182</b>

## 1. Breve introdução.

As ciências humanas são métodos científicos interligados, subdividindo-se em diversos troncos, de modo que para um estudo criterioso deve-se compreender seus variados contextos. A ciência do direito segue a regra. Particularmente, não se pode estudar o positivismo jurídico, entendido no seu sentido mais amplo, sem uma compreensão do homem e o seu mundo político contemporâneo.

O positivismo jurídico apesar de ligar-se à mesma linha de pensamento, não se confunde com o positivismo filosófico e o positivismo científico. Ele consiste fundamentalmente na identificação do direito como direito positivo. Direito natural, princípios de justiça e conceitos semelhantes estão fora do campo da ciência do direito. Segundo Kelsen, são elementos ideológicos ou metajurídicos. Para o positivismo jurídico, diz Waline, a ciência do direito é unicamente a ciência do direito positivo.

Segundo Bobbio, após conclusões extraídas de uma exaustiva investigação histórica, o direito positivo pode ser definido como o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico deve ser avaliado sob três aspectos, quais sejam: como método para o estudo do direito, como teoria do direito, como ideologia do direito.

Para o jurista húngaro Julius Moór, “o positivismo jurídico é uma idéia segundo o qual o direito é ditado pelo poder dominante na sociedade, em um processo histórico”. Segundo essa concepção, só é direito aquilo que o poder dominante determina, e o que determina só é direito em virtude dessa circunstância mesma.

Dentro dessa posição é preciso distinguir duas correntes: positivismo jurídico metodológico e o positivismo jurídico doutrinário. O primeiro é representado por aqueles juristas que como método de trabalho restringem seu estudo ao direito positivo, comentando os artigos dos códigos e da legislação, analisando a jurisprudência e limitando-se a tirar das leis e das decisões judiciais os princípios gerais da legalidade jurídica. O positivismo jurídico, pelo contrário, é constituído pelas correntes que negam tais princípios, por inexistentes ou estranhos ao direito, e propõem-se a explicá-lo por outras razões de ordem científico-positiva.

Entre as correntes positivistas podem ser mencionadas por seu caráter representativo: a teoria geral do direito positivo (de Bonnard e outros publicistas), a teoria pura do direito (de Kelsen, iniciador da escola de Viena), a doutrina das decisões judiciais no direito anglo-americano (Gray), a doutrina da linguagem jurídica de Probert, a teoria da autonomia da vontade inspirada em Rousseau e Kant e a teoria do positivismo jurídico-moral, de Ripert.

A “teoria geral do direito positivo” foi elaborada principalmente por tratadistas do direito público. Consiste numa construção abstrata e especulativa formada pela generalização das normas vigentes na legislação dos diferentes países. Bonnard, um de seus principais representantes afirma que o conhecimento científico do direito é essencialmente um estudo do direito por suas causas lógicas, que são os princípios gerais tirados do direito positivo. As regras do direito positivo são apenas conseqüências lógicas dos princípios gerais.

A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo, preocupa-se exclusivamente com a lei e as demais normas positivas. Procura “purificar” exclusivamente com as leis e as demais normas do direito positivo,

libertando-se da intromissão de ciências estranhas, como a moral, a sociologia e a psicologia. Define o direito como as ciências das normas e por norma entende um juízo hipotético condicional dispondo que o fazer ou não fazer algo será seguido de uma medida coercitiva do Estado. O direito é um sistema ordenado dessas normas coercitivas.

Esse sistema é dotado de uma unidade interna porque todas as normas podem ser atribuídas a uma fonte única, que é a norma fundamental. O direito positivo, segundo Kelsen, é constituído por um conjunto de camadas jurídicas superpostas, em que cada uma tira seu valor jurídico da camada imediatamente superior. Assim, as normas contratuais têm sua validade fundada nas leis, que se fundamentam nas Constituições, que, por sua vez, se fundamentam numa norma fundamental que a constituição ideal aceita pela opinião pública da nação.

Para estabelecer a validade das regras de direito e das instituições jurídicas, Kelsen afasta qualquer preocupação com sua justiça ou valor. Não lhe interessa o conteúdo das normas, mas apenas seu aspecto formal de subordinação à regra fundamental. As disposições racistas no regime hitlerista ou as normas de Calígula mandando receber homenagens de senador a seu cavalo Incitatus, poderão ser tão jurídicas e válidas como as disposições do Código Civil ou as modernas declarações constitucionais dos direitos da pessoa.

Dentro do caráter eminentemente consuetudinário do direito anglo-americano, desenvolveu-se um positivismo jurídico fundado nas decisões judiciárias. John Chipman Gray, declara que o verdadeiro criador do direito é o juiz. O direito real de um Estado é constituído pelas regras que os Tribunais estabelecem ao decidir sobre os direitos e deveres de cada um. As regras assentadas pelos Tribunais de um país constituem a última fonte de seu

direito. Daí a importância preponderante atribuída à jurisprudência e ao estudo dos precedentes judiciais na revelação do direito.

Modernamente, por influência da filosofia da linguagem e do chamado positivismo lógico, surgiu um novo tipo de positivismo representado pela doutrina da linguagem jurídica, que atribui importância fundamental aos aspectos semânticos, sintáticos e pragmáticos do direito. Essa orientação liga-se a uma tendência desenvolvida por Ludwig Wittgenstein, que sustenta que a análise e a crítica da linguagem constituem o objeto essencial da filosofia.

Muitos autores, incluem, entre as correntes representativas do positivismo jurídico, a doutrina da autonomia da vontade, inspirada nas concepções de Rousseau e Kant e desenvolvida por Fouillée. O homem, essencialmente livre, não pode depender senão de sua vontade. Não há outras leis ou princípios que o obriguem, senão aqueles em que livremente consentiu, através de um acordo de vontades ou de uma manifestação da vontade geral decorrente do contrato social.

Ripert e outros juristas procuram dar ao direito uma base positiva, alicerçando-o na moral historicamente aceita pela sociedade. Partindo da distinção entre o fundamento do direito e o seu conteúdo, Ripert atribui ao primeiro caráter puramente positivo: a lei é obrigatória por si mesma, impõe-se a todos por ser uma determinação da autoridade. Mas, no tocante ao conteúdo, quando se trata de elaboração do direito pelo legislador, este deve tomar em consideração valores morais que predominam na sociedade.

Leciona André Franco Montoro que, “uma apreciação crítica do positivismo jurídico deve distinguir, entre suas diversas correntes, duas atitudes diferentes. Uma primeira representada pelos juristas que se limitam ao estudo do direito positivo, sem discutir o problema do seu fundamento. Outra, constituída pelos que negam ao direito um fundamento moral, representado

pelos conceitos de justiça ou direito natural, e pretende encontrar uma base exclusivamente física para a ordem jurídica”.

A primeira atitude é válida, na medida em que o jurista, como estudioso de uma ciência particular, deixa à filosofia a discussão dos fundamentos da ordem jurídica. Mas aqueles que negam ao direito um fundamento ético ou moral, e pretendem reduzir as bases da ordem jurídica a um dado positivo, como coerção, a vontade geral, a autoridade social, etc. , na realidade contradizem sua posição positivista e contrariam a verdadeira natureza do direito. Isso porque em lugar de permanecer no estudo objetivo dos fenômenos, invadem o campo da filosofia e na realidade fazem metafísica. Além disso, essas correntes contrariam a verdadeira natureza da ordem jurídica, na medida em que reduzem o direito à força.

Realmente, negar à ordem jurídica seu fundamento na justiça e nas exigências da natureza humana significa reduzir o direito a um simples produto da força dominante no meio social, seja ela a vontade de um chefe, de um órgão legislativo ou judicante, dotado de poder coercitivo, ou mesmo a opinião da maioria.

Preceitos arbitrários e violentos, atentados à dignidade humana como os praticados nos campos de concentração e julgados pelo Tribunal de Nuremberg, seriam juridicamente inatacáveis se o direito se reduzisse a um imperativo da força coercitiva da sociedade.”

## 2. O pensamento kelseniano.

### 2.1. “A pureza”.

A teoria pura do direito (1934/1960) é uma teoria do direito positivo. Tem objeto próprio. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando Kelsen menciona a palavra, vocábulo, “pura”, o faz no sentido de querer garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, torná-lo estanque, separado doutros ramos das ciências humanas. Quer dizer isto que pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio fundamental.

A jurisprudência, segundo Kelsen, tem se confundido com outros ramos da ciência humana. Há que se fazer, pois, uma separação, não para ignorá-las, mas sim para a valorização da ciência jurídica, na sua essência. O objeto da ciência jurídica, ainda nesta linha, é a norma posta pela autoridade ou órgão competente via um corte epistemológico.

O método da ciência jurídica, para o mestre de Viena, passa pelo conceito de pureza, entendida como a ausência de juízo de valor sobre a norma jurídica, retratada, nesse caso, pelo denominado corte axiológico.

## 2.2. O ato e seu significado jurídico.

Kelsen questiona, inicialmente, se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social.

Segundo o mestre, “a sociedade é parte da vida em geral, e pois, parte da natureza, logo, os atos/fatos que importam ao direito estão no domínio da natureza. Estes, por sua vez, podem ser divididos em dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais fatos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito”.

### 2.3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. A sua auto-explicação.

Dos ensinamentos de Kelsen, depreende-se que os fatos possuem o significado jurídico que a norma lhes atribui. Havendo, pois, dois sentidos para ato compreendido como o afeto ao direito positivo. Há um sentido subjetivo da conduta posto pela vontade da pessoa e há um sentido objetivo na conduta de acordo com a norma jurídica.

Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica, v.g., o ato de declaração de última vontade como o testamento. No entanto, pode um ato, do ponto de vista fático, ser caracterizado como uma agressão física e juridicamente ser considerado uma conduta lícita, possuindo outra significação. Dessa forma, há que ser ter tal embasamento teórico.

Isto porque o conhecimento, que se ocupa do Direito, encontra, no plano fático, uma auto-explicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete.

### 2.4. A norma.

#### a) A norma como esquema de interpretação.

O que transforma um fato num ato jurídico é a sentido objetivo da norma. Aliás, como leciona Kelsen, “o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma”.

A norma funciona como esquema de interpretação. E, o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico é o resultado de uma interpretação específica, a saber uma interpretação normativa.

O testamento, v.g., para que tenha validade, não depende só do caráter subjetivo, vale dizer, da vontade do testador. Primordialmente, dependerá do preenchimento dos requisitos legais, dados pela norma, tidos por Kelsen, como aspecto objetivo da norma.

b) Norma e produção normativa.

O Direito é o sistema de normas que regulam o comportamento humano. A norma, segundo Kelsen, tem por escopo indicar o “dever-ser”, o plano ideal dos acontecimentos, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. Somente quando o ato tem objetivamente sentido de “dever-ser” é que designa-se o dever-ser como “norma”.

O ato de vontade do qual a norma constitui o sentido é um “ser”. O “ser” é entendido como o mundo dos fatos, dos acontecimentos reais, tangíveis.

A distinção entre ser e dever-ser é um dado da nossa consciência, é um juízo *a priori*, nesse sentido, está situada no plano lógico-transcendental.

Dessa forma, se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente esse sentido, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo esse sentido objetivo. O ato criador da Constituição, tem sentido normativo, não só objetiva como subjetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o criador da Constituição preceitua. A norma fundamental

significa o pressuposto fundante da validade objetiva. O costume também possui acepção de norma jurídica, desde que objetivamente considerado, já que nesse caso terá significação de direito positivo, norma posta.

c) Vigência e domínio de vigência da norma.

A vigência tem acepção de existência específica de uma norma, no pensamento kelseniano. Ela pertence ao mundo do “dever-ser”, e distingue-se do conceito de eficácia., isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. No entanto, tais conceitos podem ter um certa conexão. Um mínimo de eficácia é a condição de vigência de uma norma. Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada. Porém, uma norma será considerada inválida se duradouramente ineficaz. Dizer que uma norma vale significa sempre dizer que ela vale para um qualquer espaço ou um qualquer período de tempo, leciona Kelsen.

A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio da vigência espacial e temporal da norma. A norma pode valer apenas para um determinado espaço e para um determinado tempo, fixados por ela mesma ou por uma outra norma superior.

Há também a subdivisão de um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. O domínio pessoal de validade da norma refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma. O domínio material de validade refere-se aos diversos aspectos da conduta humana, v.g, o religioso, econômico, político, etc. .

d) Regulamentação positiva e negativa: ordenar, conferir poder ou competência, permitir.

A conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação, no pensamento kelseniano. A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e uma forma negativa. A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou omissão de um determinado ato. Quando é prescrita a omissão de um ato, esse ato é proibido.

Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma, com a conduta oposta viola a norma.

Por fim, na estrutura kelseniana para a regulamentação das normas, incluem-se os seguintes modais deônticos: ordenar, proibir, permitir e outorga de competência ou poder.

e) Norma e valor.

A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, já a conduta que contraria a norma tem um valor negativo, na acepção kelseniana. Parte-se, portanto, de tais premissas.

Por sua vez, segundo o filósofo, a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real.

Os juízos de valor segundo os quais uma conduta corresponde a uma norma considerada objetivamente válida devem ser diferenciados dos juízos de realidade que enunciam algo é ou como é, completa Kelsen.

Apenas um fato da ordem do “ser” pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo, neste sentido.

Cabe ponderar e ressaltar que, para Kelsen, as normas legisladas pelos homens apenas constituem valores relativos no sistema do direito.

Daí a famosa oração formulada pelo mestre de Viena, “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida”.

Quando o juízo traduz a relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de uma ou várias pessoas dirigidas a esse objeto, e exprime, portanto, um valor subjetivo, esse juízo de valor é objetivo na medida em que o sujeito judicante formula tal juízo sem atenção ao fato de ele próprio aprovar ou desaprovar tal conduta, mas simplesmente enuncia o fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem um determinado objeto ou o objeto oposto, particularmente o fato de que essa ou essas pessoas aprovam ou desaprovam determinada conduta.

Não há dizer que o fato de uma norma originar da realidade empírica a torna um juízo de valor. Há aí duas relações diferentes, quais sejam, o fato que é ato de comando ou imperativo e a norma, que através desses fatos é produzida. A norma fundamental, que consubstancia-se no fundamento de validade das normas, é pressuposta pelo ordenamento jurídico.

Denomina-se fim a relação que tem um objeto com uma conduta humana. A adequação ao fim é o valor positivo, a contradição com o fim é o valor negativo.

## 2.5. A ordem social.

### a) Ordens sociais que estatuem sanções.

Uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. A Moral e o Direito são ordens sociais deste tipo no pensamento estruturado de Kelsen.

Para Kelsen, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido desta ordem social, como prescrita, na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção.

Quando uma ordem social, tal como a ordem jurídica, prescreve uma conduta pelo fato de estatuir como devida uma sanção para a hipótese da conduta oposta, pode-se descrever esta situação dizendo que, no caso de se verificar uma determinada conduta, se deve seguir determinada sanção.

Com isto já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita.

Os ordenamentos contêm, como regra, preceitos por força dos quais uma das normas é nula ou pode ser anulada.

“Um ordenamento que estabelece um prêmio ou uma pena só é eficaz quando a conduta que condiciona a sanção é causalmente determinada pelo desejo do prêmio ou, no caso oposto, pelo receio da pena”, leciona Kelsen. O conceito de eficácia entendido com um significado normativo e não causal.

### b) Haverá ordens sociais desprovidas de sanção ?

Relembrando certa passagem bíblica, Kelsen conclui que no sistema moral do mais alto idealismo não está excluído o princípio da

retribuição (v.g., o mal com o mal, o bem com o bem, a desaprovação de nossos semelhantes). A ordem moral, transcendente que seja, estatui sanções, ainda que de ordem religiosa, mas realmente sanções.

Não há como distinguir as ordens sociais sancionadas das não sancionadas. A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem.

Portanto, segundo Kelsen, não há ordens sociais desprovidas de sanção. Isso, nunca é demais ressaltar, na filosofia kelseniana, com todo o comprometimento de suas significações e valorações próprias.

### c) Sanções transcendentais e sanções socialmente imanentes.

As sanções estabelecidas numa ordem social têm ora um caráter transcendente, ora um caráter socialmente imanente.

Para Kelsen, as sanções transcendentais são aquelas que, segundo a crença das pessoas submetidas ao ordenamento, provêm de uma instância supra-humano. Também no sentido de que se realizam fora da sociedade, fora do mundo do aquém.

Já, as sanções imanentes são aquelas que não só se realizam no aquém, dentro da sociedade, mas também são executadas por homens, membros da sociedade (“socialmente imanentes”).

Das duas sanções a segunda desempenha, na realidade social, um papel mais importante. Isto não só resulta do fato de o Direito se servir essencialmente dessa sanção de ordem social, mas também é visível com particular nitidez nos casos em que a ordem social tem ainda um caráter

puramente religioso. A conduta em desconformidade com tabus entre os primitivos é um grande exemplo.

## 2.6. A ordem jurídica.

### a) O direito: ordem de conduta humana.

“Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”, segundo Kelsen.

As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. Essa conduta pode consistir numa conduta positiva ou numa omissão. Na medida, porém, que a ordem jurídica é uma ordem social, ela regula de maneira positiva a ordem pública. A conduta de um indivíduo em face de um, vários, ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos.

Não é apenas o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma jurídica que vincula o devedor ao pagamento, mas também, antes de tudo, é o interesse da comunidade, apreciado pela ordem jurídica, na manutenção de um sistema econômico.

### b) O direito: uma ordem coativa.

As ordens sociais denominadas Direito são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, com um ato de coação, isto é, com um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra a sua vontade.

Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica constituída pela mesma ordem jurídica. Isto não significa, porém, que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar a coação física. Tal apenas terá de suceder quando essa efetivação encontre resistência, o que normalmente não é o caso.

Como ordem coativa o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e, em caso de resistência, mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.

## 2.7. Os atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como sanções.

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.

Pressuposto desse gênero é em primeira linha, não exclusivamente, uma determinada conduta humana que, pelo fato de ser tornada pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz, se transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso deve ser impedida, devendo a conduta oposta, socialmente útil, desejada, ser fomentada.

## 2.8. O monopólio de coação da comunidade jurídica.

As diferentes ordens jurídicas coincidem globalmente quanto aos atos de coação por elas estatuídos e atribuíveis à comunidade jurídica (estes consistem sempre na privação forçada de bens, divergem, contudo, no que tange aos pressupostos a que esses atos de coação estão ligados, quanto ao valor jurídico que é constituído através das normas).

Ao longo dos séculos gradualmente estabelece-se o princípio de que todo o emprego de força física é proibido quando não seja autorizado como reação, da competência da comunidade jurídica contra uma situação de fato socialmente pernicioso. Dessarte, é a ordem jurídica que taxativamente determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar.

Dado que o indivíduo a quem a ordem jurídica atribui poder para aplicar a coação pode ser considerado como órgão da ordem jurídica, da comunidade instituída pela ordem jurídica, pode a execução de atos de coerção, realizada por este indivíduo, ser imputada à comunidade constituída pela ordem jurídica. Neste sentido, pode-se dizer que estamos perante um monopólio da coação por parte da comunidade jurídica, ressalvando-se os casos em que ainda perdura o princípio da autodefesa.

## 2.9. Ordem jurídica e segurança coletiva.

Quando a ordem jurídica explicita requisitos mínimos de proteção aos indivíduos, quando essa proteção alcança a coletividade, fala-se em segurança coletiva, no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. Ainda que subsista a autodefesa remanesce estado de evolução no grau mínimo de segurança coletiva. Esse grau de segurança pode ser aumentado na proporção da sofisticação do *status quo*.

A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é a ausência do emprego de força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio de coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa sociedade por ela mesma constituída. O Direito é uma ordem de coerção, e como ordem de coerção uma ordem de segurança, uma ordem de paz.

Na proibição do emprego da força manifesta-se a tendência para alargar o círculo de situações de fato que a ordem jurídica põe como pressupostos de atos coercitivos. A circunstância de determinada conduta ser tornada pressuposto de uma sanção significa que essa conduta é juridicamente proibida, isto é, constitui um ilícito ou delito. A sanção é consequência do ilícito, que por sua vez consubstancia-se no pressuposto da sanção.

## 2.10. As normas jurídicas como objeto da ciência jurídica.

As normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou por outras palavras, na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.

As relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica somente enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.

## 2. 11. Teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica.

O sentido estático de sistema jurídico deve ser entendido como o direito como sistema de normas em vigor (sanção, responsabilidade). É a norma já criada, já posta.

O sentido dinâmico do sistema jurídico, por sua vez, deve ser entendido como sistema de produção e aplicação das normas (fundamento de validade, lacuna).

Cabe ponderar, neste sentido, que a explicação das normas jurídicas também equivale a sua produção.

## 2.12. Norma jurídica e proposição jurídica.

A proposição jurídica tem função de conhecimento da norma jurídica e caráter descritivo da norma jurídica. A proposição jurídica pode ser falsa ou verdadeira. Exemplo: o Tratado de Direito Penal, etc. .

A norma jurídica tem função normativa da autoridade jurídica e caráter prescritivo da norma. A norma é válida ou inválida. A norma é imperativa, não a proposição. Exemplo: Código Penal, etc. .

Cabe ponderar sobre o caráter constitutivo da ciência jurídica: o conhecimento produz o seu objeto na medida em que o abarca como um todo unitário. E o faz extraindo as proposições, como, v.g., da doutrina.

A ordem jurídica, como sistema de normas positivadas, não é lógica.

O ato de conhecimento do cientista do direito, que constrói a proposição, é que busca conferir coerência ao sistema.

A proposição jurídica é o enunciado lógico extraído da norma. A proposição jurídica também pode ser entendida como o enunciação no plano metalingüístico.

A ciência do direito tem função sistematizadora do conhecimento jurídico.

Os princípios da lógica aplicam-se às proposições. Segundo Kelsen, “o conflito não se dá entre normas, mas sim entre proposições”.

O silogismo dá-se entre as proposições (premissas do raciocínio dedutivo).

### 2.13. Ciência causal e ciência normativa.

Delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam ao conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais.

A natureza é ligada ao princípio da causalidade, ou seja, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito. São as chamadas leis naturais.

A ciência jurídica descreve seu objeto segundo um princípio diferente da causalidade. Um princípio para o qual não há na ciência uma designação geralmente aceita. Como objeto de tal ciência que é diferente da ciência natural a sociedade é uma ordem normativa de conduta humana.

Somente quando na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.

### 2.14. Causalidade e imputação; lei natural e lei jurídica.

O princípio distinto da causalidade, que rege as relações jurídicas, segundo Kelsen, pode ser denominado como imputação. Há a distinção porque a ciência jurídica é pautada nas proposições jurídicas estabelecidas pelas autoridades jurídicas, através de um ato de vontade e não através da causa e efeito. São dois assuntos diversos: se a sanção é ou não aplicada e se ela deveria ou não ser aplicada.

A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber de um ilícito, com a consequência do ilícito. Esta é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como causa. A ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos. Nas proposições jurídicas não se aplica o princípio da causalidade (este aplicado às leis naturais) mas sim o da imputação (aplicado às leis jurídicas).

#### 2.15. O princípio da imputação no pensamento dos primitivos.

Na consciência do primitivo não pode sequer existir algo como natureza no sentido da ciência normativa, isto é, uma ordem de elementos que estão ligados entre si segundo o princípio da causalidade.

Aquilo que do ponto de vista da ciência moderna, é natureza, para o primitivo, uma parte da sua sociedade como uma ordem normativa cujos elementos estão ligados entre si segundo o princípio fundamental da imputação. O dualismo da natureza, com uma ordem causal, e da sociedade, como uma ordem normativa, é completamente alheio à consciência primitiva.

A moderna ciência da natureza é o resultado de uma emancipação do animismo. No começo da evolução, durante tal período, apenas houve sociedade (como ordem normativa) e a natureza, como ordem causal, somente

foi criada pela ciência, depois de esta se ter libertado do animismo. O instrumento de tal emancipação é princípio da causalidade.

#### 2.16. O surgimento do princípio causal a partir do princípio retributivo.

É bastante provável que a lei da causalidade tenha surgido da norma da retribuição.

É o resultado de uma transformação do princípio da imputação, em virtude do qual, na norma da retribuição, a conduta não reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio. O processo de transformação causal iniciou-se na Antigüidade Clássica.

O passo decisivo na transição de uma interpretação normativa para uma interpretação causal da natureza, do princípio da imputação para o princípio da causalidade, reside no fato de o homem se tornar consciente de que as relações entre as coisas são determinadas independentemente de uma vontade humana ou supra-humana, o que vem dar no mesmo, não são determinadas por normas, de que o comportamento das coisas não é prescrito ou permitido por qualquer autoridade.

#### 2.17. Ciência social e ciência social normativa.

A ciência jurídica não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas conexão da imputação, entre os elementos do seu objeto. É por isso denominada ciência social normativa.

Uma ordem jurídica que globalmente considerada, é eficaz, pode ser descrita em proposições que afirmem, como as leis naturais, que sob certos pressupostos se verificam efetivamente certas conseqüências, não é, com

efeito, a ciência jurídica que se propõe a uma tal descrição, mas sim as ciências sociais.

## 2.18. Diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação.

“As afirmações científicas têm a forma de juízos hipotéticos, quer dizer, sustentam que determinada conseqüência está ligada a certo pressuposto. Ou, em outros termos, se verificada a hipótese, então o conseqüente também deve se verificar. As ciências causais apresentam seus enunciados sob a forma correspondente ao princípio da causalidade, enquanto as normativas o fazem atendendo ao da imputabilidade. A ciência jurídica, por outro lado, constitui-se de proposições estruturadas como sustentação de um conseqüente prescrito: se o devedor não paga a sua obrigação, então deve ser movida a execução forçada de seu patrimônio.

Distinguem-se basicamente os dois princípios pela natureza da conseqüência. O efeito, na relação causal, não é a descrição do estabelecido por ato de vontade dos titulares de competência jurídica, tal como se verifica com a sanção na relação normativa. Desse modo, como independe da vontade humana, o conseqüente na relação causal necessariamente segue o antecedente na órbita do ser. Se tanto não ocorre, o enunciado é falso e deve ser substituído. Já, por outro lado, como o conseqüente na relação de imputação se refere a uma manifestação de vontade, o fato de a prescrição não se verificar efetivamente não torna falsa a proposição de que ela deveria ocorrer. São dois assuntos diferentes: se a sanção é ou não aplicada e se ela deveria ou não ser aplicada.

Outra diferença entre a relação de causalidade e a de imputação consiste na limitação desta contraposta à infinitude daquela. Toda causa é

simultaneamente efeito de outra causa e todo efeito, por sua vez, causa novo efeito. Os eventos do mundo do ser pertencem a uma cadeia de sucessões, em que cada um é causado pelo anterior e tem por efeito o posterior; ou, o que é o mesmo, cada evento é efeito do anterior e é a causa do posterior. Estabelecer o ponto de início ou de término dessa cadeia não tem sentido racional, perante a noção de causalidade. A mesma infinitude não se encontra, no entanto, na relação de imputação. Ao contrário, o antecedente resulta da descrição de um recorte na realidade, de uma definição normativa. Não é derivação de nenhum outro conseqüente imputado. Por sua vez, a sanção não gera necessariamente novo pressuposto de imputação. Há o ponto inicial e o terminal, claramente definidos na proposição jurídica.

Primitivamente, o homem não teria explicado os fenômenos da natureza de acordo com o princípio da causalidade, mas segundo o da imputação. Para Kelsen, o homem primitivo interpretava as condições desfavoráveis da natureza, como má colheita ou intempéries, como castigo aplicado pela conduta indevida dos membros da tribo. De modo similar, tomava as condições favoráveis como prêmio por boa conduta. Procedia-se, pois, à interpretação sócio-normativa da natureza. Lentamente, contudo, o homem foi constatando que os eventos naturais não derivam de normas estabelecidas pela vontade humana ou supra-humana, e terminou por formular o princípio da causalidade”.

## 2.19. Dinâmica Jurídica.

O conhecimento jurídico pode considerar as normas integrantes de seu objeto a partir de duas perspectivas diferentes. Pode, por um lado, surpreender as normas jurídicas enquanto reguladoras da conduta humana.

Neste caso, opera a partir de uma teoria estática do direito, procurando relacionar as normas entre si como elementos da ordem em vigor. Mas pode, por outro lado, surpreendê-las no processo de sua produção e aplicação, hipótese em que opera a partir de uma teoria dinâmica.

Bem entendida, esta segunda perspectiva, também cuida exclusivamente de normas jurídicas, mas daquelas que regulam o processo de produção normativa.

A teoria dinâmica não ultrapassa, certamente, os limites traçados pelo princípio metodológico fundamental e, assim, não se deve entender produção normativa senão em seu sentido propriamente normativo.

Os temas abordados pela teoria estática do direito são, neste contexto, a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica, etc., e os compreendidos na teoria dinâmica do direito são a validade, a unidade lógica da ordem jurídica, o fundamento último do direito, as lacunas, etc. .

Paralelamente, Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema de normas: relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e as demais reguladoras da sua produção.

No primeiro caso, dá-se origem a um sistema estático, e no segundo a um sistema dinâmico. O exemplo para demonstrar essas alternativas, Kelsen o buscou entre as normas não jurídicas.

O sentido estático, para Kelsen, ressalte-se, é o direito como sistema de normas em vigor, sanção, responsabilidade. É, destarte, a norma já posta, já criada.

O sentido dinâmico é o sistema de produção e aplicação das normas, fundamento de validade, lacunas. O aplicar também no sentido de produzir, etc. .

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Com a teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. A teoria da norma fundamental é o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado.

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, não pode existir qualquer conflito, pois a norma inferior tem seu fundamento de validade na superior. É a construção escalonada da ordem jurídica.

Uma Constituição é eficaz se as normas postas em conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas. É o que Kelsen denomina princípio da efetividade.

No fato de, segundo uma teoria jurídica positivista, a validade do direito positivo se apoiar numa norma fundamental que não é uma norma posta mas uma norma pressuposta e que, portanto, não é uma norma pertencente ao direito positivo cuja validade objetiva é por ela fundamentada, e também no fato de que a validade do direito positivo se apoiar numa norma que não é uma norma pertencente ao qual funciona como critério ou medida

de valor, podemos ver um certo limite imposto ao princípio do positivismo jurídico. Pelo mesmo motivo pode-se distinguir entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista como uma distinção simplesmente relativa, não absoluta.

### 3. O pensamento de Herbert Hart.

#### 3.1. Leis, comandos e ordens.

As variedades das situações sociais em que é feito uso caracteristicamente de formas imperativas da linguagem não são só numerosas como ainda se interpenetram uma nas outras, e os termos como imploração, pedido, aviso, servem apenas para distinções grosseiras.

A mais importante dessas situações, na concepção de Hart, é aquela, relativamente à qual a palavra imperativo parece especialmente apropriada. É o ponto que postula que quando se emite um comando, não sucede necessariamente que haja uma ameaça latente de um mal, na eventualidade de desobediência.

Comandar é exercer autoridade sobre os homens, não o poder de lhes infligir um mal, e embora possa estar ligado com ameaças de um mal, um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade. Percebe-se, pois, um nítido e inicial distanciamento das posições tomadas por Kelsen.

Não se pode usar, com proveito, na elucidação de direito, a noção de um comando que o implique, isto porque o elemento de autoridade implicado no direito tem sido sempre um dos obstáculos no caminho de qualquer explanação fácil daquilo que o direito é.

O controle jurídico é feito por diretivas no seu duplo aspecto: indica um tipo geral de conduta (forma-padrão) e aplica-se a uma categoria geral de pessoas que se espera que vejam que se aplica a elas e acatem.

“Fazer leis difere de ordenar às pessoas que façam coisas, e temos de contar com esta diferença, ao usar esta idéia simples como modelo para o direito”, assevera Hart.

As leis têm, de forma proeminente, a característica da permanência ou persistência. O assaltante, ao revés, não emite ordens permanentes. Dessa forma, se utilizarmos a noção de ordens baseadas em ameaças para explicar o que são as leis, temos de tentar reproduzir este caráter duradouro das leis.

Num sistema jurídico, segundo Hart, há algumas pessoas ou corpo de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve acreditar-se, em geral, que estas ameaças provavelmente serão levadas a cabo, em caso de desobediência.

Esta pessoa ou corpo devem ser internamente soberanos e externamente independentes. Se, na esteira de Austin, chamarmos a tal pessoa ou corpo de pessoas, supremos e independentes, as leis de qualquer país serão as ordens gerais baseadas em ameaças que são emitidas, quer pelo soberano, que por seus subordinados.

### 3.2. A diversidade das leis.

Hart faz objeções, ao modelo simples original, que designa a lei com a noção de ordens gerais baseadas em ameaças.

Reconduzindo-as em três grupos principais, as leis podem ser observadas quanto ao conteúdo, modo de origem e campo de aplicação.

Tanto as regras que conferem poderes para outorgar um testamento, como a regra de direito criminal que proíbe as ofensas corporais sob cominação de pena constituem padrões pelos quais as ações concretas podem ser apreciadas criticamente.

Alem disso, é importante compreender que as regras que conferem poderes, embora diferentes das que impõem deveres e que gozam, assim, de certa analogia com ordens baseadas em ameaças, estão sempre relacionadas com estas últimas, porque os poderes que conferem são poderes para fazer regras gerais do segundo tipo ou para impor deveres a particulares que, de outro modo, não lhes estariam sujeitos.

É patentemente o caso em que o poder conferido é aquele que normalmente se designa como poder de legislar.

Pode-se dizer, apesar de risco de certa imprecisão, que, enquanto as regras de direito criminal impõem deveres, as que conferem poderes são fórmulas para criar deveres.

O primeiro argumento, que visa afirmar a identidade fundamental dos dois tipos de regras e apresentá-las ambas como ordens coercitivas, incide sobre a nulidade, que resulta do não preenchimento de uma condição essencial para o exercício do poder.

Hart faz uma tentativa de mostrar a identidade fundamental entre as regras que conferem poderes e as ordens coercitivas através do alargamento do significado de sanção ou ameaça de um mal, de forma a incluir a nulidade de um negócio jurídico, quando está viciado pela não observância de tais regras.

Por uma via diferente, procura mostrar que aquelas regras são uma espécie de ordens coercitivas, negando-lhes o estatuto de lei, afirmando que as regras jurídicas completas são constituídas, na realidade, por

fragmentos incompletos de regras coercitivas, que são as únicas regras jurídicas genuínas.

A redação de regras que conferem e definem poderes legislativos e judiciais a enunciados das condições sob as quais surgem deveres tem um vício obscurecedor semelhante na esfera pública. Os que exercem estes poderes para ditar medidas e decisões dotadas de autoridade usam aquelas regras numa forma de atividade guiada por um propósito completamente diferente do cumprimento do dever ou da submissão ao controle coercitivo. Representar tais regras como meros aspectos ou fragmentos das regras de dever é, ainda mais do que na esfera privada, obscurecer as características distintivas do direito e das atividades possíveis dentro da sua estrutura.

A introdução na sociedade de regras de atribuição de competência aos legisladores para alterarem e acrescentarem as regras de dever, e aos juízes para determinarem quando as regras de dever foram violadas, é um passo em frente importante para a sociedade. Pode mesmo ser considerada como a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.

O que se impõe como corretor do modelo de ordens ou regras coercitivas é uma nova concepção de legislação, como introdução ou modificação dos padrões gerais de conduta, destinados a ser seguidos em geral pela sociedade.

O legislador não é, necessariamente, semelhante a quem dá ordens a outrem: alguém que está, por definição, fora do alcance daquilo que faz. Tal como promitente, ele exerce poderes conferidos por regras: freqüentemente pode, tal como o promitente deve, cair dentro do seu âmbito.

A teoria do direito como ordens coercitivas encontra à partida a objeção de que há variedades de leis em todos os sistemas que, em três aspectos principais, não se enquadram naquela descrição.

Em primeiro lugar, mesmo uma lei criminal, a que mais se lhe aproxima, tem muitas vezes um âmbito de aplicação diferente do de ordens dadas a outros; porque uma tal lei pode impor deveres àqueles mesmos que a fazem, tal como a outros.

Em segundo lugar, outras leis são distintas de ordens na medida em que não obrigam pessoas a fazer coisas, mas podem conferir-lhes poderes, não impõem deveres, antes oferecem dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coercitiva de direito.

Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras de direito, são originadas pelo costume e não devem o seu estatuto jurídico a qualquer ato consciente de criação do direito.

Para defender a teoria destas objeções, tem-se adotado uma variedade de expedientes. A idéia originalmente simples de ameaça de um mal ou sanção foi alargada até incluir a nulidade de um negócio jurídico; a noção de regra jurídica foi restringida, por forma a excluir as regras que conferem poderes, consideradas meros fragmentos de regras; dentro da pessoa naturalmente uma do legislador, cujas leis têm força autovinculativa, descobriram-se duas pessoas; a noção de uma ordem foi ampliada de uma expressão verbal até uma expressão tácita da vontade, que consiste na não interferência em ordens dadas por subordinados.

Apesar do caráter engenhoso destes artifícios, o modelo de ordens baseadas em ameaças obscurece, no direito, mais do que aquilo que revela; o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria.

### 3.3. O soberano e o súdito.

A aceitação geral é um fenômeno complexo, em certo sentido dividida entre autoridades e cidadãos comuns, que contribuem para ela e, portanto, para a existência de um sistema jurídico, através de modos diversos. Dos funcionários do sistema, pode dizer-se que reconhecem explicitamente tais regras fundamentais que conferem a autoridade legislativa: os legisladores fazem-no quando elaboram leis, com observância das regras que lhes atribuem poder para praticar tais atos; os tribunais quando identificam como leis a serem por eles aplicadas as leis criadas por aqueles daquele modo qualificados, e os peritos quando orientam os cidadãos comuns relativamente às leis feitas do referido modo.

O cidadão comum manifesta a sua aceitação em larga medida pela aquiescência quanto aos resultados destes atos oficiais. Acata a lei feita e identificada deste modo, apresenta pretensões e exerce também poderes conferidos por ela. Mas pode ignorar quase tudo acerca da sua origem e dos seus autores: alguns podem não saber nada acerca da sua origem e dos seus autores: alguns podem não saber nada a cerca das leis para além de que são o direito. Proíbe coisas que os cidadãos comuns querem fazer e estes sabem que podem ser presos por uma polícia e condenados à prisão por um juiz se desobedecerem.

É a força da doutrina, que insiste em que a obediência habitual a ordens baseadas em ameaças constitui o fundamento de um sistema jurídico, que nos obriga a pensar em termos realistas este aspecto relativamente passivo do fenômeno complexo que designamos por existência de um sistema jurídico. A fraqueza da doutrina consiste em obscurecer ou distorcer o outro aspecto relativamente ativo que é discernido primeiramente, ainda que não

exclusivamente, nos atos de criação, identificação e aplicação do direito pelos funcionários ou peritos do sistema. Ambos os aspectos devem ser tidos em conta para que possamos ver este complexo fenômeno social, tal qual é na realidade.

As limitações jurídicas à autoridade legislativa consistem, não em deveres impostos ao legislador de obedecer a qualquer legislador supremo, mas em incapacidades contidas nas regras que lhe conferem poderes para legislar.

Para estabelecer se um pretense ato legislativo é direto não é necessário remontarmos ao ato legislativo, expresso ou tácito, de um legislador que é soberano ou ilimitado, tanto no sentido de que a sua autoridade para legislar não conhece restrições jurídicas, como no de que ele é uma pessoa que não obedece a ninguém habitualmente. Em vez disso, devemos mostrar que foi praticado por um legislador, que para tal estava habilitado segundo uma regra existente, e que não há restrições contidas em tal regra ou, se as houver, não afetam este ato concreto.

Para demonstrar que estamos perante um sistema jurídico independente, não é necessário demonstrar que o seu legislador supremo não conhece restrições jurídicas ou que não obedece habitualmente a mais ninguém. Devemos apenas demonstrar que as regras que conferem poderes ao legislador não conferem autoridade superior àqueles que também detém autoridade sobre outro território. Inversamente, o fato de que ele não está sujeito a uma tal autoridade estrangeira não significa que a sua autoridade dentro do seu próprio território não seja objeto de restrições.

Devemos distinguir entre uma autoridade legislativa juridicamente ilimitada e uma outra que, embora ilimitada, é suprema no sistema. Rex pode bem ser a mais alta autoridade legislativa conhecida pelo

direito do país, no sentido de que toda a restante legislação pode ser revogada pela sua, embora esta seja restringida por uma Constituição.

Enquanto que a presença ou ausência de regras que limitam a competência do legislador para legislar é crucial, os hábitos de obediência do legislador são, na melhor das hipóteses, de alguma importância como meio de prova indireta. A única relevância do fato, se de fato se tratar, de que o legislador não tem um hábito de obediência a outras pessoas é que pode permitir, às vezes, a prova, embora longe de ser concludente, de que a sua autoridade para legislar não está subordinada, por qualquer regra jurídica ou constitucional, à de outros. Analogamente, a única relevância do fato de o legislador obedecer habitualmente a alguém consiste em poder servir para provar que, segundo as regras, a sua autoridade para legislar está subordinada à de outros.

Para além de que pode designar-se de inadequação conceptual geral da teoria, existem muitas objeções acessórias a esta tentativa de compatibilizar com ela o fato de que aquilo que seria vulgarmente considerado como o órgão legislativo supremo possa ser juridicamente limitado.

A teoria que considera o eleitorado como soberano apenas contempla, na melhor das hipóteses, um órgão legislativo limitado numa democracia em que o eleitorado existe. Não há nada de absurdo na noção de um monarca hereditário como Rex, desfrutando de poderes legislativos limitados que são ao mesmo tempo limitados e supremos dentro do sistema.

### 3.4 O direito como união de regras primárias e secundárias.

#### a) Um novo começo.

As idéias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a idéia de uma regra, sem a qual não podemos elucidar mesmo as formas mais elementares de direito.

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas, ou secundárias, em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação.

As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas, as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.

A maior parte dos aspectos do direito que se tem impedido a procura de uma definição pode ser esclarecida se compreenderem estes dois tipos de regra e interação recíproca.

A justificação do uso da palavra direito quanto a um conjunto de casos aparentemente heterogêneos é uma questão secundária que pode ser abordada quando tiverem sido captados os elementos centrais.

b) A idéia de obrigação.

Alguns teóricos, como Austin, ao verem a irrelevância geral das crenças, receios e motivos das pessoas relativamente à questão sobre se

tinham a obrigação de fazer algo, definiram esta noção não em termos destes fatos subjetivos, mas em termos de possibilidade ou de probabilidade de que uma pessoa venha a sofrer um castigo ou mal às mãos de outros, na hipótese de desobediência.

Isto, na verdade, leva a tratar as afirmações de obrigação não como afirmações psicológicas, mas como predições ou avaliações de probabilidades de incorrer em castigo ou sofrer um mal.

Na verdade, tem sido aceito algumas vezes como a única alternativa às concepções metafísicas de obrigação ou dever enquanto objetos invisíveis que existem misteriosamente por cima ou para além do mundo dos fatos ordinários e observáveis. Mas há muitas razões para rejeitar essa interpretação das afirmações de obrigações como predições e não é, de fato, a única alternativa à obscura metafísica.

Há duas objeções às premissas acima expostas: a interpretação em termos de previsibilidade deixa na sombra o fato de que, quando existem regras, os desvios delas não são simples fundamentos para a previsão de que se seguirão aos que as violem, mas são também a razão ou justificação para tal reação e para aplicação de sanções; e se fosse verdade que a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação significava que ela provavelmente sofreria em caso de desobediência, seria uma contradição dizer que tinha a obrigação de se apresentar, por exemplo, ao serviço militar, mas que, devido ao fato de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia ou o tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo.

Em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre da harmonia com regras jurídicas ou não, provavelmente virá a consistir numa tensão entre os que, por um lado aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêem o seu próprio

comportamento e o das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo.

Uma das dificuldades que confrontam qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos fatos consiste em lembrar-se da presença de ambos estes pontos de vista e não definir um deles como não existente. Talvez todas as nossas críticas da teoria das obrigações em termos de predição possam ser melhor sintetizadas na acusação de que isto é o que ela faz ao aspecto interno de regras obrigatórias.

c) Os elementos do direito.

Não só os conceitos jurídicos específicos com que o jurista se ocupa profissionalmente, tais como os de obrigação e direitos, validade e fontes de direito, legislação e jurisdição, como também a sanção, são melhor elucidados nos termos desta combinação de elementos.

Os conceitos (que abarcam igualmente o direito e a teoria política) de Estado, de autoridade e de funcionário exigem uma análise semelhante, se pretender dissipar a obscuridade que ainda paira sobre eles.

A razão por que a análise nestes termos de regras primárias e secundárias tem por este poder explicativo não deve buscar-se longe. A maior parte das obscuridades e distorções que rodeiam os conceitos jurídicos e políticos surge do fato de que estes envolvem, de forma essencial, uma referência àquilo que chamamos o ponto de vista interno: o ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que usam as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros.

Isto exige uma atenção mais detalhada na análise dos conceitos jurídicos e políticos do que a que tem usualmente recebido. Sob o regime simples de regras primárias, o ponto de vista interno manifesta-se na sua forma mais simples, no uso daquelas regras como base de crítica e como justificação das pretensões de conformidade, pressão social e castigo.

Exige-se uma referência a esta manifestação mais elementar do ponto de vista interno para a análise dos conceitos básicos de obrigação e dever. Surge todo um conjunto de novos conceitos e estes exigem uma referência do ponto de vista interno para a respectiva análise. Tais conceitos incluem as noções de legislação, jurisdição, validade, e em geral de poderes jurídicos, privados e públicos.

Há uma tendência constante no sentido de uma análise destes em termos de discurso ordinário ou científico, de expressão fática. Mas isto apenas consegue reproduzir o seu aspecto interno que os distingue, precisamos ver os modos diferentes pelos quais os atos de criação de direito pelo legislador, de julgamento por um tribunal, o exercício de poderes privados ou oficiais e outros atos regidos pelo direito estão relacionados com as regras secundárias.

### 3.5 Os fundamentos de um sistema jurídico.

#### a) Regra de reconhecimento e validade jurídica.

Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, uma regra do sistema.

A afirmação de que uma dada regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento.

Devemos distinguir a não observância geral das regras do sistema, da ineficácia de uma regra concreta, que pode servir ou não de argumento contra a sua validade. Aquela pode ser tão completa e tão prolongada, que deveríamos dizer, no caso de um novo sistema que nunca se estabeleceu a si próprio como o sistema jurídico de um grupo dado, ou, no caso de um sistema jurídico do grupo.

Em tais casos, seria de forma geral desprovido de sentido quer avaliar os direitos e os deveres de pessoas concretas por referência às regras primárias de um sistema, quer avaliar a validade de qualquer de suas regras por referência às suas regras de reconhecimento.

Insistir em aplicar um sistema de regras que nunca foi realmente eficaz, ou que foi abandonado, seria tão fútil como avaliar o progresso de um jogo por referência a uma regra de pontuação que nunca tivesse sido aceite ou tivesse sido abandonada.

Só necessitamos da palavra validade e só a usamos comumente para responder a questões que se colocam dentro de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ele satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento.

Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização.

Expressar esse simples fato dizendo de forma pouco clara que a sua validade é suposta, mas não pode ser demonstrada é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em

Paris, que é o teste último da correção de toda a medida métrica, é ela própria correta.

É importante distinguir entre supor a validade e pressupor a existência de tal regra.

Num sistema jurídico amadurecido, temos um sistema de regras que inclui uma regra de reconhecimento, de forma que o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende agora do fato de ela satisfazer certos critérios facultados pela regra de reconhecimento, tal arrasta consigo uma nova aplicação da palavra existir.

Enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe com uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.

#### b) Novas questões.

Há duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios de validade do sistema devem ser obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários.

A primeira condição é a única que os cidadãos privados necessitam de satisfazer: podem obedecer cada qual por sua conta apenas e sejam quais forem os motivos por que o façam; embora numa sociedade são eles aceitem de fato freqüentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer, ou reconduzam mesmo esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição.

A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. Naturalmente é também verdade que, além destas, haverá muitas regras primárias que se aplicam aos funcionários na sua capacidade meramente pessoal, a que eles necessitam apenas de obedecer.

A asserção de que um sistema jurídico existe é, portanto, uma afirmação bifronte, que visa tanto a obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias como padrões críticos comuns de comportamento oficial.

Isto é meramente o reflexo do caráter compósito de um sistema jurídico, por comparação com uma forma pré-jurídica descentralizada e mais simples de estrutura social que consiste apenas em regras primárias.

### c) A patologia de um sistema jurídico.

A prova da existência de um sistema jurídico constitui um fato em que as regras reconhecidas como válidas a nível oficial são geralmente

obedecidas. Contudo, por vezes, o setor oficial pode estar divorciado do setor privado, no sentido em que já não existe uma obediência geral às regras que são válidas, segundo os critérios de validade usados pelos tribunais.

A variedade de modos porque isto pode suceder pertence à patologia dos sistemas jurídicos; porque eles representam uma ruptura na complexa prática congruente a que nos referimos, quando fazemos a afirmação externa do fato de que existe um sistema jurídico

Ocorre aqui um fracasso parcial daquilo que é pressuposto sempre que, a partir do interior do sistema concreto, fazemos afirmações internas de direito. Uma tal ruptura pode resultar de diversos fatores perturbadores (revolução, ocupação inimiga, anarquia, banditismo).

A afirmação de que um sistema jurídico existe é de tipo suficientemente amplo e geral para permitir interrupções; não é verificada ou falsificada pelo que sucede em curtos espaços de tempo.

#### 4. Dos princípios.

Miguel Reale, abordando os princípios afirma que "são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade" .

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, "no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado". Ainda, segundo o seu entendimento, transportando os princípios para o ramo da ciência jurídica, constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado.

Tem-se, assim, que os valores superiores da sociedade, encarnados nos princípios dotados de normatividade e eficácia plena, são as raízes do sistema jurídico.

Nos princípios estão o espírito e os fins do sistema jurídico, que demonstram a sua tendência ideológica . Eles exigem que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem o seu espírito .

Assim, os princípios não são meras declarações de sentimentos ou intenções ou, ainda, meros postulados de um discurso moral. Em verdade, são normas dotadas de positividade que têm o condão de determinar condutas ou impedir comportamento com eles incompatíveis.

Neste ponto, merece transcrição a reflexão de Jorge Miranda, segundo a qual o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de acto de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Ao referir-se aos princípios constitucionais, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que a norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.

Assim, não se justifica princípio jurídico desprovido de obrigatoriedade e aplicabilidade, pois seria apenas instrumento de retórica, inútil para realização do ideal de justiça.

Desta forma, os princípios, ao lado das regras jurídicas, revestem-se de normatividade imperativa, mesmo quando não são explicitamente estabelecidos. Aliás, conceituados doutrinadores abraçam este posicionamento.

De acordo com Paulo Bonavides, o constitucionalista italiano Vezio Crisafulli foi um dos juristas que mais contribuiu para a doutrina da normatividade dos princípios, definindo-os como toda norma jurídica determinante de outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.

Bobbio também expressou seu pensamento quanto à normatividade dos princípios jurídicos afirmando que os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais.

Nesta linha, J.J. Gomes Canotilho, aduz que as normas do sistema jurídico podem se apresentar como regras ou princípios jurídicos. Jorge

Miranda, por sua vez, utiliza uma nomenclatura diferente, afirmando que as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-regras.

Depreende-se, então, que os princípios constituem os mandamentos normativos estruturais do sistema jurídico. Assim, orientam e direcionam a elaboração das regras jurídicas, podendo, também, regular um caso concreto.

Assevera Paulo Bonavides que a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a importância basilar dos princípios é tamanha que a sua violação, a depender do escalão do princípio violado, poderá constituir a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Cumprе acrescentar que, diante da nossa piedosa realidade legislativa – principalmente no âmbito municipal –, os princípios garantem a sociedade contra regras jurídicas violadoras do sistema jurídico, destinadas ao atendimento de interesses de grupos políticos e econômicos, na maioria das vezes desvinculadas dos interesses coletivos.

## 5.0 Do princípio da publicidade e o seu real alcance

Dentre os princípios administrativos, temos o princípio da publicidade. Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, não se admite em um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido em nome do povo, que este fique privado das informações quanto à gestão da coisa pública. Na mesma linha, J. J. Gomes Canotilho aduz que "a idéia de democracia administrativa aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registros públicos para a defesa dos direitos individuais, mas também para um direito de saber" .

O princípio da publicidade é próprio do Estado Democrático. Reza o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes. Pertencendo o poder ao povo, este não poderá ficar privado de informações concernentes ao agir da Administração Pública. Logo, aquele que atua e decide na qualidade de representante do povo, tem o dever acentuado de dar satisfação dos seus atos .

O princípio da publicidade - aplicado a todos os poderes em todos os níveis de governo - fundamenta-se na necessidade de transparência da atuação administrativa que deverá prestar informações aos administrados sobre seus fatos, decisões e contratos, como forma de garantir a segurança jurídica dos membros da coletividade quanto aos seus direitos. O sigilo no âmbito administrativo, salvo exceções justificáveis, serve apenas para promover o contrabando de informações privilegiadas.

Este princípio impõe a ampla divulgação dos atos administrativos permitindo o controle interno e externo da gestão administrativa .

Também encontra agasalho expresso no *caput* do art. 37 da Carta Magna, havendo outros dispositivos constitucionais que o reforçam. Desta

forma, o art. 5º, XXXIII assegura o direito a receber dos órgãos públicos informações do interesse próprio do particular ou de interesse coletivo. Também confirma o princípio da publicidade o inciso LXXII do mesmo artigo que introduziu o *habeas data* em nosso sistema, permitindo o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante ou de caráter público, constantes nos registros ou bancos de dados de entidades governamentais, possibilitando, ainda, a retificação de dados. Pode-se acrescentar o inciso XXXIV, também do art. 5º, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesses pessoais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que este dispositivo assegura, também, o pedido de certidão visando à defesa de interesses coletivos, através de ação popular, ação civil pública ou mandado de segurança coletivo.

### 5.1 O princípio da publicidade.

A idéia de publicidade, na ciência do Direito, traz consigo o desejo de se evitar, o quanto possível, o segredo nas relações jurídicas. Somente nas hipóteses em que a publicidade trouxer prejuízos à segurança nacional ou nos casos de violação à privacidade dos valores íntimos dos indivíduos em suas legítimas relações é que se admite o segredo.

No Estado concebido como democrático, republicano e de direito, não há como contestar que o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Convencionou-se este modelo diante da impossibilidade de um povo apresentar-se na função de Governo. Elegem-se, pois, os seus representantes que por um dado período exercem mandatos em seu nome e, ao menos em tese, expressam sua vontade, responsabilizando-se, cada representante, pela conduta adotada.

No dia 05 de outubro de 1988 foi promulgada a nossa atual Carta Magna, cujo Preâmbulo, de elogiável redação, qualifica o Brasil como República Federativa instituída em Estado democrático e de direito. Editou-se, enfim, em um país de tradição golpista, uma Constituição Cidadã.

O segredo, antes regra, inúmeras vezes utilizado como instrumento de manipulação de poder, dá lugar à publicidade e passa a ser a exceção na ação estatal. Agora, o exercício do poder que emana do povo deve ser transparente.

A Lei Maior que apresenta a nação — Constituição Federal — consagrou a publicidade como princípio que rege a Administração Pública (art. 37, *caput*). É que o poder emana do povo que, de conseqüência, como detentor desse poder, tem toda legitimidade para controlar passo a passo o seu exercício.

## 5. 2 Valor de princípio constitucional.

Os arts. 59 a 69, Seção da Constituição Federal, que dispõe sobre as hipóteses de emenda à Constituição e o processo legislativo; a Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 2002 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, bem como as hipóteses de controle de constitucionalidade e legalidade a que se sujeitam todo e qualquer ato normativo, são comprovações inequívocas de que o sistema brasileiro pertinente à matéria se estrutura de forma piramidal, prestigiando a tradicional Escola de Viena, liderada pelo incomparável Kelsen.

Assim considerado, o texto constitucional ganha acentuada força cogente. Ocupa ele, por esta razão, o topo da pirâmide, "lugar para onde" todos os demais ordenamentos infraconstitucionais devem convergir.

Os princípios explícitos ou implícitos no ordenamento constitucional "são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo (poderes constituídos)".

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos".

Há intensas discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não de se estabelecer diferenças hierárquicas entre dispositivos constitucionais, sejam eles provenientes do poder constituinte originário, ou do poder constituído reformador. Inclui-se nestas discussões a hipótese de hierarquizar ou não os princípios jurídicos. A este propósito parece-nos

bastante lúcida a posição adotada pelo constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, para quem "não existe conflito entre princípios jurídicos, que devem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso".

A publicidade inserida no *caput* do art. 37 do texto constitucional como princípio que rege a Administração deve, por óbvio, ser prestigiada a todo instante, sob pena de invalidação de determinados atos.

A publicidade se mostra como único instrumento capaz de assegurar a guarda de outros princípios constitucionais como legalidade, impessoalidade, moralidade, motivação, etc.

### 5.3 A história do princípio da publicidade.

Segundo Ana Lúcia Menezes Vieira, “a evolução histórica da publicidade processual confunde-se com a própria história do processo penal. Portanto, relaciona-se com a noção evolutiva da sociedade, do relacionamento desta com o Estado e com o modo de estruturar-se a Justiça Penal em cada época. Assim, conforme as sociedades iam se organizando politicamente, o direito e suas instituições, em conseqüência, evoluíam e sistematizavam-se”.

Segundo João Mendes Junior, “para evitar a vingança privada nas comunidades o processo penal passou a ser realizado perante uma assembléia que julgava, após sessão pública e oral, na qual ofendido e acusado expunham

seus argumentos e provavam suas razões. Dessa forma desenvolviam-se os processos hindus e hebraicos. No Egito antigo, todavia, o procedimento era escrito e secreto. Posteriormente, desenvolveu-se a publicidade de toda a instrução, embora o procedimento continuasse escrito e solene. Contudo, o julgamento permanecia secreto e simbólico.

Na Grécia, a acusação e o julgamento eram tarefas dos cidadãos que as exerciam publicamente, em praça pública, na presença do povo. Todos os atos do processo eram públicos. O regime ateniense havia estabelecido a acusação popular para o exercício da ação penal nos crimes públicos, vale dizer, qualquer cidadão, em nome do povo, poderia perseguir penalmente o autor do fato delituoso. O processo se fazia oralmente, mediante contraditório e era público. É possível se falar que a publicidade, desde então, adquirira um certo caráter garantidor, pois o acusado podia reunir provas e apresentá-las no dia do julgamento, durante os debates que se faziam na praça pública.

Em Roma, no período republicano, a publicidade era comum nos julgamentos populares, em razão dos locais onde eles ocorriam. Na cidade a Justiça se realizava nos grandes mercados, nos grandes “foros” e também nas basílicas cobertas, porém acessíveis a todas as pessoas. A publicidade de todos os atos do processo era plena, a produção das provas era feita oralmente, quando dos debates, por ocasião dos julgamentos públicos. Apesar disso havia julgamentos secretos, em todas as épocas em Roma, com o funcionamento de tribunais em locais fechados.

Sob o Império Romano, após a queda da República, a justiça passou a ser administrada de uma forma não pública, na própria casa ou sala do magistrado, que se chamava *auditorium* e posteriormente *secretarium*, porque estava fechada por uma cortina e não se permitia a livre entrada nela

de pessoas do povo. Contudo, mesmo nesse local podiam ser celebradas algumas audiências públicas consideradas de menor importância. Nestas audiências o oficial levantava as cortinas e deixava entrar o público. O processo passou a ser escrito, os interrogatórios e os depoimentos eram reproduzidos nos autos, o que acabou por suprimir a publicidade dos atos processuais no Império Romano e o segredo tornou-se regra.

A jurisdição eclesiástica, criada inicialmente para julgar os clérigos, seguia os princípios do direito romano, mantendo o processo acusatório no qual para a instauração do juízo era imprescindível a acusação, e os debates e julgamentos deveriam ser orais e públicos. Posteriormente, a Igreja fixou procedimento próprio, abolindo o sistema acusatório e adotando-se o inquisitório, no qual a publicidade foi substituída pelo absoluto segredo no recebimento da denúncia, segredo no início das investigações, segredo na instrução, e, posteriormente, nos debates.

O processo canônico influenciou e generalizou-se nos países da Europa, como a França, Estados italianos, Espanha, Alemanha. Nesses países o processo permanecia em segredo para o público e também para o próprio acusado, que não conhecia o fato a si imputado nem tampouco tinha acesso às provas produzidas no desenrolar do processo criminal. Não podia defender-se e era obrigado a responder às perguntas feitas pelo juiz no interrogatório, único momento em que comparecia para tomar conhecimento dos fatos. Era submetido à tortura para confessar, caso existissem indícios de prova contra ele. Os juízes tinham plenos poderes e isso servia para demonstrar que diante da justiça do soberano, todas as vozes devem-se calar. Proferidas as sentenças, eram elas proclamadas, em ato público e solene, diante da multidão que se reunia para tal fim.

Com a Revolução Francesa em 1789, o processo penal sofreu influência das idéias liberais, do espírito humanitário que prevalecia na época. A partir do século XVIII e início do século XIX houve grande evolução nos diversos sistemas jurídicos dos países europeus, em maior medida na França, Bélgica e Países Baixos, mais influenciados pelas idéias iluministas. Houve manifestações contra o sistema inquisitório no processo penal e várias reformas foram feitas consagrando as garantias processuais do acusado”.

O segredo era a regra que embasava o procedimento inquisitorial, com os ideais iluministas isso se modificou, sendo certo que o princípio da publicidade dos atos processuais passou a vigor como regra, ao menos no Ocidente.

#### 5.4 O princípio da publicidade no direito comparado

Em Portugal, o autor português Luís Felipe Cilaço Antunes desenvolveu notável estudo sob o título "Mito e Realidade da Transparência Administrativa". Neste ensaio, a expressão transparência abrange três importantes elementos que são a comunicação, a publicidade e a proximidade.

Publicidade, para Cilaço Antunes, está ligada à noção de que é dever da Administração deixar transparecer aos olhos de todos, a sua lógica interna. Afinal, são os indivíduos os detentores legítimos do poder. Nasce daí a expressão que qualifica a Administração como "casa de vidro".

Na Alemanha, a legislação alemã preocupa-se sobremaneira com o procedimento, limitando o acesso às informações contidas nos autos dos processos (procedimentos) às partes diretamente envolvidas. Não se produz, como finalidade, efeitos *erga omnes*, mas sim *inter partes*.

Registre-se, por oportuno, que a doutrina alemã, por seu ilustre representante Jürgen Habermas, ao interpretar Kant, afirma que a publicidade deve ser considerada como aquele princípio único a garantir o acordo da política com a moral. É a publicidade, ao mesmo tempo, princípio da ordem jurídica e método iluminista.

Na França, país que sabidamente contribuiu, sobremaneira, para a evolução do Direito, o Conselho de Estado conferiu aos princípios gerais, dentre eles o da publicidade, valor constitucional, com base no preâmbulo da Constituição francesa de 1958. As decisões do mencionado Conselho produziam, em regra, efeitos *erga omnes*

## 5.5 O princípio da publicidade no direito brasileiro.

A partir do século XV a legislação processual penal era predominantemente inquisitiva e esse sistema atingiu toda a Europa. Foi, segundo Frederico Marques, “um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico que imperou nas monarquias da Europa, a partir do século XVI... As Ordenações do Reino de Portugal o adotaram, como não podia deixar de acontecer, uma vez que também no

pequeno país ibérico operou-se movimento de centralização monárquica, iniciado, em toda a Europa, no fim da Idade Média”.

Influenciadas pelos ideais iluministas, a legislação brasileira reagiu às leis opressoras da monarquia portuguesa que vigoraram no Brasil colônia até a Constituição Imperial de 1824.

A Carta Constitucional do Império do Brasil, de 25.03.1824, elaborada após a independência do País, foi influenciada pelas idéias liberais da Revolução Francesa, as quais tinham por maior anseio o homem como indivíduo, como sujeito de direitos. Foi estabelecida a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade” (art. 179), além de definidas garantias para o julgamento criminal. Várias normas de cunho processual estavam previstas nesse artigo inserido no Título VIII (“Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”): 8º, 9º, 10, as quais se referiam à prisão em flagrante, nota de culpa e fiança, garantia e independência de juiz competente e independente (art. 11 e 12), e outras normas de cunho penal, como a abolição das penas cruéis (art. 19).

Sustentou-se o ideal da publicidade, embora o princípio não estivesse como garantia no Título VIII, da Carta de 1824. Com efeito, temos a primeira referência à publicidade na Constituição do Império, no art. 159, do Título VI – “Do Poder Judicial”, Capítulo Único – “Dos Juízes e Tribunais de Justiça”, assim disposto: “nas causas crimes a inquirição das testemunhas e todos os mais atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já”.

Houve, sem dúvida, uma preocupação na primeira Constituição do Brasil em abolir práticas inquisitivas dispostas normativamente no Livro V

das Ordenações Filipinas, que vigiam no Brasil desde 1603. Tanto que começavam a ser codificadas várias leis, a partir de então, e em 1832 foi promulgado o primeiro Código de Processo Criminal, sob a inspiração liberal e promessa da Carta Magna de 1824, no art. 179 – “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”.

O procedimento criminal sofreu grandes alterações. Quanto à publicidade, era a regra na formação da culpa, do corpo de delito até o interrogatório, admitindo-se o segredo quando o réu não comparecesse aos atos “sómente, quando a ella não assista o delinquente e seus socios (art. 147, Capítulo IV – Da Formação de Culpa). No que se referia às audiências, dispunha o Código Criminal: “Art. 59. Todas as audiencias, e sessões dos Tribunaes, e Jurados, serão públicas a portas abertas, com assistência de um escrivão, de um Official de Justiça, ou Continuo, em dia e hora certa invariavel, anunciado o seu principio pelo toque de campainha. Art. 60. Nas audiencias, e sessões os expectadores, as partes, e os Escrivães se conservarão sentados; aquellas porém levantar-se-hão, quando falarem ao Juiz do Tribunal, ou jurados, e todos quantos estes se levantarem”. Não obstante a publicidade aí mencionada fosse ampla, permitindo, sem restrições, a presença de terceiros (espectadores), o art. 58 do Capítulo II – “Das Audiências” previa a possibilidade da realização da audiência na casa do juiz: “...não havendo casa pública para ellas destinada, serão feitas na residência do Juiz, ou em qualquer outra, em que possa ser”.

Nos crimes com pena superior a seis meses de prisão, o julgamento passou a ser pelo júri e era público e oral. No Capítulo III, foi normatizado o procedimento de “Jury de Accusação, e de Sentença, e

Peculiares aos Casos de Abuso da Liberdade de Expressar os Pensamentos”. O art. 228 dispunha: “As sessões dos Jurados serão todas publicas, excepto quando houver votação; mas ninguém assistirá a ellas com armas, ainda que não sejam das defezas, de qualquer natureza que forem, sob pena de ser preso, como em flagrante, e punidos com as penas impostas aos que usam de armas defezas”.

Várias foram as leis que procederam reformas no Código de Processo Criminal do Império, porém nenhuma alteração se deu em relação à publicidade dos atos do processo.

Em 24.02.1981, foi promulgada a Constituição republicana, que permitiu aos Estados legislarem sobre processo civil e criminal, além de organizarem as respectivas justiças. Portanto, o princípio da publicidade que na Constituição Imperial vinha expresso não se mencionou na Carta Republicana embora as garantias processuais, até então existentes, tenham sido mantidas.

Com a quebra da unidade processual, a maioria dos códigos estaduais manteve os preceitos garantidores do processo, outros, porém, deixaram de respeitar os princípios constitucionais da União no tocante ao processo criminal. Segundo Frederico Marques alguns códigos adotaram a formação da culpa secreta, dessumindo-se, portanto, que a publicidade judicial ainda permanecia mitigada.

Assim se deu no Estado do Rio Grande do Sul, cujo Código de Processo Penal foi elaborado pela Lei n.º 24, de 15.08.1898, e alterado pela Lei 141, de 23.07.1912. Parece ter sido, entre todos os Códigos de Processo Criminal dos Estados brasileiros, aquele que se afastou dos avanços

legislativos da época, quanto às garantias processuais do investigado ou acusado. Previa o estatuto processual o segredo na fase investigatória, sem qualquer possibilidade de defesa (arts. 84 e 85). Em relação ao “procedimento ordinário comum”, a fase da formação da culpa era composta de atos secretos e atos públicos. Quanto aos atos secretos, dispunha o art. 344: “Durante esta fase, não podem as partes assistir às diligências, inclusive a inquirição de testemunhas, salvo quando o ato não pode ser repetido ou haja fundado receio de que, na segunda fase na instrução do processo, esteja a testemunha impossibilitada de comparecer em juízo...”.

As Constituições da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16.07.1934, de 18.09.1946, não previam expressamente a publicidade dos atos processuais, porém é possível afirmar que o princípio decorria de normas de ampla defesa e dos meios e recursos essenciais a ela que estavam consignadas no capítulo dos direitos e garantias individuais. Isto porque a ampla defesa e contraditório não se compatibilizam com o segredo do processo inquisitório.

A Carta Constitucional de 1937, outorgada pela ditadura, reduziu as garantias do processo penal e, por conseguinte, nada foi mencionado sobre a publicidade judicial.

No texto da Constituição do Brasil de 1967, com a emenda de 1969 vinha previsto o devido processo legal no art. 153, § 4º, e a publicidade acompanha essa garantia, além de se encontrar implícita no § 36 desse mesmo artigo: “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Apenas na Carta Magna brasileira de 1988, o princípio da publicidade foi, pela primeira vez, erigido à categoria de norma constitucional inserida no Título II – Dos Direitos e Garantias Individuais. Dispõe o art. 5, LX: “ a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse público o exigirem”; e o art. 93, IX (Capítulo III – Do Poder Judiciário): “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

No capítulo referente ao direito de informação, as normas de tratados internacionais, as quais o Brasil tenha ratificado, integram o ordenamento jurídico. Por conseguinte, a publicidade processual, além da normatização constitucional, deve ser observada em decorrência do disposto no art. 8º, item 5 (Garantias Judiciais), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (22.11.1969): “ O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

O princípio que integra o direito ao justo processo encontra-se enunciado como direito fundamental do ser humano, na Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 10, que afirma: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial que lhe decida seus direitos e obrigações e lhe examine qualquer acusação que em matéria penal lhe levantem”. No mesmo diapasão o princípio é acolhido pela Convenção Européia dos Direitos

Humanos, no art. 6º e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, em seu art. 14. 1.

Considerando que se trata de Carta de direitos, é possível verificar a publicidade como garantia da pessoa contra o poder repressivo do Estado e garantia das partes a um julgamento justo e independente.

Na Constituição brasileira, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, cujas normas a integram, o princípio é de direito fundamental e possui relevância processual, desempenha função de garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição posta em benefício das partes.

O acusado tem o direito constitucional a um processo público que deve ser assegurado pelo poder estatal incumbido de processá-lo. Se o Poder Judiciário não lhe garantir esse direito fundamental, pela eventual inobservância ou violação da publicidade, a própria Constituição prevê o recurso jurídico da nulidade do ato, processo ou julgamento – art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade... A sanção de nulidade, portanto, decorrente da própria Constituição é instrumento jurídico de eficácia da publicidade, como norma de garantia instituída, tendo em vista não só o interesse das partes, mas também “o interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal “.

O atual sistema normativo brasileiro, notadamente o constitucional, trata o princípio da publicidade como regra.

A razão de existir do Estado é toda externa. Nada pode ser ocultado, com raras exceções. São elas:

a) Casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, *in fine*, da CF).

b) Casos em que a intimidade dos indivíduos ou o interesse social restringirem a publicidade (art. 5º, LX, da CF).

Sob uma visão estrita, publicidade constitui apenas e tão somente requisito de validade de determinado ato, contrato ou procedimento que tenha como parte um ente público. Neste aspecto, publicidade é mera publicação do ato no veículo de comunicação que a lei definiu como competente. A finalidade da publicação sob este prisma é apenas o cumprimento da formalidade.

No entanto, sob uma concepção moderna, o princípio da publicidade ganha nova dimensão. Passa a ser acolhido como o "princípio da máxima transparência".

Esta nova concepção ultrapassa a idéia de publicidade como mera formalidade e alcança a idéia de publicidade como transparência da gestão da coisa pública.

## 5.6 Atuação estatal e controle social.

A administração pública no Brasil está sujeita a diferenciados sistemas de controle.

Reservando Seção específica, a Constituição Federal dispõe nos arts. 70 a 74 sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Trata-se

dos controles externo e interno, exercidos pelas Casas Legislativas, pelos Tribunais de Contas e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Demais disso, pode ainda o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, exercer o controle dos atos da administração, além, é claro, do sistema de jurisdição final única, consagrado no ordenamento brasileiro, que atribui ao Poder Judiciário decidir em última "instância" sobre qualquer controvérsia em que figure, ou não, o poder público como uma das partes.

Trata-se do chamado sistema de freios e contrapesos (*checks na balances*) em que um poder (instituição) limita a atuação de outro.

Não obstante a toda esta plêiade de instrumentos de controle institucionais, há que se considerar com o devido reconhecimento a nobre missão a ser exercida pelo controle social. É ele o maior legitimado para acompanhar a gestão dos bens e recursos que são seus. Afinal, nos termos do parágrafo único do art. 1º de nossa Magna Carta, "todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição".

## 5.7 Relação de administração, controle institucional e controle social.

Ao agente público não é dado agir sob sua inteira vontade. Entre ele e o bem público há uma relação que não é de domínio, nem de propriedade. Não há se falar em amplo poder. A relação existente é de atividade administrativa.

Trata-se da administração do que é público, o que impõe ao agente o dever-poder da melhor escolha. Aquela que venha a atender ao interesse público. Não o interesse do Estado personificado, mas o interesse da coletividade, que é a razão de existir do Estado. Este se sobrepõe àquele, quando conflitantes. É a clássica distinção entre interesse público primário (da coletividade) e secundário (do estado-administração) que encontramos na rica e lúcida doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Como dito anteriormente, a Administração está sujeita a uma plêiade de mecanismos de controle exercidos por instituições. Nota-se na prática que o exercício deste controle nem sempre é eficaz. As mais importantes discussões que informam o futuro do país nem sempre são enfrentadas. Na maior parte dos casos não se ultrapassa a barreira da formalidade, como se a razão de existir do Estado fosse a forma de sua atuação e não a atuação em si. Nas raras oportunidades em que se consegue ultrapassar a barreira da forma, o que se verifica é a "acomodação" de determinadas situações. Não raro, tais acomodações ultrapassam os limites do razoável, fazendo da "sensibilidade política", marcada por uma relação impura entre os poderes constituídos, notadamente entre o Executivo e o Legislativo, o verdadeiro contrapeso à evolução do estado democrático de direito.

Por esta razão, ganha mais relevo o controle social, legitimado, por estas circunstâncias, a exercê-lo não só em face da ação estatal propriamente dita, mas também em face dos ineficazes mecanismos institucionais de controle.

## 5.8 Direito positivo, publicidade e controle social.

Embora alguns autores defendam a idéia de que só se considera direito o direito positivo, não se pode esquecer que é o costume que informa a interpretação do operador do Direito e impõe a edição de novos diplomas legais que atendam os dinâmicos clamores da sociedade.

Enxergarmos publicidade no sistema republicano é tarefa bastante fácil. Se a *res* é pública, todo indivíduo é legítimo para dela ter notícia, pois lhe pertence. É idéia básica que dispensa inscrição no texto legal magno, complementar, ordinário, regulamentar ou de qualquer natureza. É corolário do sistema.

Não obstante, no Brasil há a necessidade de se dizer e escrever até mesmo aquilo que é obvio, sob pena do indivíduo ser duramente prejudicado por alguns representantes do povo descompromissados em fazer justiça social.

Por esta e por outras razões incluiu-se no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, como princípio que rege a administração, a publicidade. Este dispositivo impõe dever de satisfação à sociedade a todo administrador público no exercício de seu múnus, ressalvadas, por óbvio, as exceções já tratadas neste ensaio.

O §1º do mencionado artigo trata da publicidade como comunicação social, impondo obediência ao princípio da impessoalidade, ao vedar a promoção pessoal do agente público, além de prescrever

restritivamente as hipóteses de ocorrência, impondo ao conteúdo a ser veiculado o caráter educativo, informativo ou de orientação social.

"O exame do cumprimento dessa norma, vai além da estrita legalidade da despesa, tangenciando a legitimidade. É pelo exame da finalidade que se pode aferir a regularidade do ato".

Verificamos no ordenamento complementar institutos que demonstram fiel obediência ao constitucional princípio da publicidade. É o caso, por exemplo, da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Além da determinação de publicação quadrimestral do Relatório de Gestão (art. 55 §2º) e bimestral do Relatório Resumido da Execução Orçamentária (art. 52) — em obediência ao §3º do art. 165 da Constituição Federal — a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe ao Poder Executivo o dever de realizar audiências públicas ao final dos meses de maio, setembro e fevereiro, com o propósito de demonstrar e avaliar o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre.

Em sede de legislação ordinária, várias são as disposições que impõem ao administrador o dever de dar publicidade. Citemos, como exemplo, alguns dispositivos de nosso Estatuto das Licitações e Contratos — Lei nº 8.666/93 e suas posteriores alterações — que prestigiam a divulgação dos atos: avisos e resumos dos atos convocatórios dos certames (art. 21); extratos dos contratos e de seus aditamentos, como condição de eficácia (art. 61, Parágrafo Único); atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, ensejando o controle de moralidade (art. 26); contratações realizadas no mês (art. 16); audiências públicas para as contratações de valor elevado (art. 39); além da vinculação de obediência imposta pela norma aos princípios que regem a administração pública, dentre eles o da publicidade (art. 3º).

Conclui-se do exposto que o ordenamento pátrio prestigia sobremaneira o princípio da publicidade que, como dito anteriormente, é corolário do sistema republicano.

## 5.9 Fragilidades do controle social.

São lapidares os comentários trazidos por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em sua obra *Tribunais de Contas do Brasil - Jurisdição e Competência*. Faz-se, nessa obra, uma importante abordagem sobre o controle social, esclarecedora de sua (in)eficácia.

O controle social é tido nas ciências da política e da filosofia como o mais eficaz dos mecanismos de controle, uma vez que seu conceito considera todos os integrantes da sociedade. Esta idéia não pode ser, de chofre, contestada, embora saibamos que na prática, notadamente nos dias atuais, o que prepondera é o descontrole, com raras exceções.

Com efeito, procuremos compreender a razão pela qual esta notável assertiva científica se traduza, talvez, no mais ineficaz mecanismo de controle.

O controle social divide-se em interno e externo.

O controle social interno consiste na preparação do indivíduo para o exercício de sua cidadania. É o nível de sua instrução. É a qualidade da informação que recebe em casa, na escola, pela mídia.

Enfim, como o próprio nome diz, é a preparação interna do indivíduo que antecede o fiel exercício do controle social propriamente dito (externo).

O controle social externo, por outro lado, é a adoção e emprego de medidas que visem assegurar a participação popular. Constituem o alvo, para o exercício deste controle, as condutas que não guardam harmonia com os valores sociais de um povo.

Nota-se, daí, que o exercício do controle social depende basicamente do nível de consciência cidadã de um povo.

A falência do ensino público em nosso país, a manipulação do conhecimento pela elite dominante, ao lado da ampla divulgação da degradação dos valores culturais, que diuturnamente bombardeia a instituição familiar, são fatores que indubitavelmente colaboram no despreparo do cidadão brasileiro para o exercício do controle social.

A base de nossa pirâmide social não é capaz de se organizar, de exigir a quem de direito as respostas aos seus anseios, embora seja legítima para tanto. O que nos falta é o controle social interno.

Cabe ponderar, uma vez mais, que o princípio da publicidade inserido no texto constitucional tem por finalidade garantir a máxima transparência e a mínima opacidade no exercício da atividade própria da Administração, não se confundindo como o atendimento de mera formalidade. Cumprir a formalidade da publicação dos atos, contratos e outros procedimentos, que lhes seja condição de eficácia, é prestigiar o princípio da legalidade, uma vez que são os atos normativos que o exigem. Cumprir o princípio da publicidade é garantir transparência na gestão e acesso às

informações para todos os indivíduos, legítimos detentores do poder que em seu nome é exercido por representação.

A eficácia do controle social depende de dois requisitos básicos: a máxima transparência, obrigação constitucional e legal imposta aos administradores públicos e, principalmente, a preparação cultural da população para o fiel exercício do controle social, o que devemos ter como meta se quisermos sonhar com a justiça social em nosso país.

Se de um lado a sociedade é um todo, não se pode esquecer que cada indivíduo é parte deste todo, e, por isso, responsável e partícipe do controle social, não importando o nível qualificação intelectual, moral ou cultural que detenha. É tempo de exercer efetivamente o controle social, exigindo, por exemplo, uma Administração o mais transparente possível.

## 6.0 Conceito.

Pouco se comenta ou questiona a respeito de um destes princípios - o da publicidade - supondo-se, talvez, que a apreensão de seu sentido e extensão sejam claros, ou, ao menos, facilmente perceptíveis.

Numa exegese preliminar, trataremos de delimitar seu campo de aplicação, para, só então, tornar nítida a riqueza de seus desdobramentos.

A doutrina nacional tem enfatizado que o Princípio da Publicidade tem seu natural campo de aplicação no Direito Administrativo. E, quando constitucionalistas a ele se referem, derivam da matriz constitucional um

princípio administrativo, sempre reportando o artigo 37 da Carta Magna, com raras exceções.

Assim, José Afonso da Silva diz que: "A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo."

Vai mais longe, citando o inesquecível Hely Lopes Meirelles, ao dele colher: "Enfim, a publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes...".

Alexandre de Moraes toma posição semelhante, afirmando que o princípio é respeitado quando os atos da administração são inseridos no Diário Oficial do ente respectivo.

Uadi Lamêgo Bulos ressalta que a atenção ao princípio da publicidade tem como escopo "manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública", associando-o assim à garantia de acesso do cidadão aos registros públicos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro ressalta a importância do asseguramento, pelo dispositivo constitucional, do direito de informação do cidadão (com base no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da CF) não só em face de interesse particular, mas, igualmente em face dos interesses coletivos ou gerais, de modo a operar uma forma mais eficiente de controle popular da

Administração Pública. Na mesma linha é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Odete Medauar vai se abastecer em Norberto Bobbio e Celso Lafer para tecer sua explanação, que merece, pelo poder de síntese, ser transcrito: "O tema da transparência e visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado a reivindicação geral da democracia administrativa".

Lúcia Valle Figueiredo acrescenta aos argumentos já expostos pelos citados autores, a realização, por meio do respeito ao princípio da publicidade, da isonomia.

Mas, ampliando o horizonte do natural nicho de ambiência do nosso princípio enfocado, compartilhamos dos autores que entendem o princípio da publicidade como um princípio mais geral do Direito.

Antônio A. Queiroz Teles observa: "...Ora, os atos administrativos são espécies do ato jurídico, logo, nas mesmas condições, serão públicos. Basta tal raciocínio para concluir-se que o princípio da publicidade também não é particular do direito administrativo, embora nele se manifeste com toda evidência."

Chegamos, pois, a um divisor de águas. Os que sustentam que o princípio da publicidade se retém no âmbito administrativo, como elemento essencial de controle da Administração Pública formam um núcleo mais ou menos coeso, ao qual tomo a liberdade de opor outra corrente, que vê no referido princípio um campo de aplicação bem mais largo, chegando a nutrir a afirmação de que é um princípio geral de direito.

Poderíamos aqui vislumbrar a oposição dialética entre a forma e a essência, dentro da exegese do mesmo princípio que será, pois, o núcleo de nosso trabalho.

República vem de "*Res*" e "*publica*", isto é, coisa pública, coisa de todos.

Sendo a república uma forma de Estado em que, hoje, a democracia deve prevalecer como forma de governo, vemos uma relação íntima entre a democracia e a publicidade. E não sem apoio em grandes nomes como Bobbio.

Publicar é tornar, enfim, público, como bem asseverou Queiroz Telles. E, para nós, como pretendemos demonstrar adiante, não apenas tornar público, isto é, tornar do conhecimento público, mas, também, tornar claro e compreensível ao público. É fazer com que a publicidade cumpra o papel essencial de verdadeiramente informar o público (aqui considerado tanto o conjunto de cidadãos em face de normas gerais – como leis e decretos-, como, igualmente, algum universo restrito de administrados, sujeitos aos efeitos de determinado ato administrativo – um edital de concurso, por exemplo).

A Carta Magna refere-se expressamente a publicidade, ora como princípio, ora como bem jurídico, em diversas passagens:

No art. 5º, inciso LX – ("a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem") a Constituição é explícita, mas de forma indireta, em enunciar o princípio geral de que "todos os atos deverão ser públicos", condicionando severamente as exceções, sempre em lei expressa, aos casos de possível afronta ao direito de privacidade (protegido no mesmo artigo, inciso X) ou interesse

social (o interesse social prevalece sobre o individual, pelo princípio da solidariedade).

No mesmo artigo 5º, mas no inciso X – "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Aqui estamos diante da proteção de um bem jurídico relevante para o constituinte originário – a dignidade da pessoa humana. Se para a Administração Pública a regra é a publicidade, somente excepcionável por lei, para o particular a regra é diametralmente oposta, isto é, não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo, esta regra, excepcionável por qualquer lei ou outro ato normativo. O comando é peremptório e não dá margem a exceções.

O *habeas data*, por seu turno, como bem acentuado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, é o remédio constitucional para promover a publicidade dos atos de governo e administrativos que gerem armazenamento de informações privadas e íntimas do cidadão. Esta publicidade, no entanto, restringe-se à informação do próprio requerente, mas pode ter como conteúdo informações de interesse coletivo. Seria, em *ultima ratio*, uma extensão do princípio geral de controle dos atos públicos.

Nestes casos, excetuando o a requisição de dados de interesse coletivo por meio do *habeas data*, estamos diante da proteção do conteúdo da informação, sem tanto se preocupar com a formalidade em si. Sendo os dados particulares, somente a ele interessam, e mereceram a tutela do legislador constituinte. Prepondera o conteúdo sobre a forma. O constituinte preocupa-se em resguardar o conteúdo de determinadas informações, que somente aos

particulares envolvidos interessa, e que, se a público vierem, podem causar consideráveis danos à pessoa, tanto morais como materiais.

Analisemos agora o princípio da publicidade quanto à sua forma, isto é, quanto à necessidade de publicação de informações que a toda comunidade interessam.

A Constituição dá a estrutura da Administração pública, de forma bastante minudenciada, no artigo 37. E aqui se sente em casa o princípio da publicidade, como pilar indispensável para o controle dos atos públicos por parte dos administrados e cidadãos em geral. Os atos materiais de gerenciamento da coisa pública são possíveis devido ao aporte dos recursos que a nação disponibiliza, por meio de tributos e outras receitas. Sendo contribuinte, direto ou indireto, tem qualquer cidadão legitimidade para requerer do administrador a prestação de contas.

Esta prestação é obrigação de todas as funções da República – Judiciário, Legislativo e Executivo. Deste último, explicitamente o caput do art. 37 trata, alinhando outros princípios a que deve obediência o administrador. Do legislativo, espera-se prestação de contas tanto do dinheiro público gasto no seu sustento como do mandato popular, legitimada pelo voto. O parlamentar substitui o cidadão – respeitando o princípio democrático – na elaboração das leis. Assim cada cidadão só obedece às leis que ele mesmo teria elaborado.

Todas as votações devem ser públicas, assim como todos os pronunciamentos. É atentatório à transparência dos atos públicos qualquer votação secreta, e, até mesmo as votações simbólicas das lideranças dos partidos.

Oscar Vilhena Vieira, discorrendo sobre o princípio democrático constitucional, aponta que "...assim, os únicos limites que se admitiriam às decisões dos representantes do povo seriam aqueles destinados a assegurar a perpetuação da participação de todos, e, em igualdade de condições, no processo de decisão democrático."

Entendemos, por outro lado, que o silêncio do art. 57 da Carta Magna não impede uma interpretação sistemática que resulte na clara obrigatoriedade de publicidade de seus atos, pela simples razão de que seus atos são públicos. Não se trata de um silêncio eloqüente (*beregetes schweigen* dos alemães). Onde a Constituição não nega ou limita um princípio constitucional (no nosso caso, o da publicidade), não se pode interpretar restritivamente a aplicação do preceito.

O princípio da publicidade também se aplica à elaboração das leis em si, o que já foi definido na Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Na tônica da tese esposada neste trabalho, é imperioso que transcrevamos o inteiro teor do art. 11 desta Lei Complementar:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

- c) construir as orações na ordem direta evitando preciosismo, neologismo adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
- f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais;

III - para a obtenção de ordem lógica:

- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Pela simples leitura do dispositivo, vemos a preocupação do legislador derivado em estabelecer regras claras que favoreçam a compreensão, por parte dos operadores do Direito e, muito mais importante do que isso, seja o povo informado a respeito das leis que afetarão direta ou indiretamente suas vidas (muito embora até agora isso tenha ocorrido mais em teoria do que na prática), dando a essas normas o selo indelével da legitimidade daqueles que são, em última instância, os detentores do poder.

No que diz respeito ao Judiciário, a própria Constituição estatui regra específica quanto à publicidade de seus atos (inciso IX, do art. 93). Sabedores que somos da necessidade de fundamentação dos atos judiciais, para que se possa contrastá-los, é na publicidade destes atos que se constrói a ponte entre o juiz e o cidadão. Todos os seus atos, com exceção dos que possam atingir a intimidade dos envolvidos ou quando o interesse social assim o exigir (o que, convenhamos, deixa ao juiz um amplo poder de decidir o que seria este "interesse social"), o que está estampado no inciso LX, do art, 5º da Constituição - "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

No Judiciário, o princípio da publicidade deve estar presente no processo. O art. 155 do Código de Processo Civil ("Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos...") e no processo penal, o art. 792, do Código Adjetivo Penal reafirma o caráter público das audiências, enquanto o parágrafo primeiro deste artigo excepciona o princípio geral da publicidade, para salvaguardar a ordem pública.

Rogério Lauria Tucci bem resume a dupla vertente do princípio da publicidade no âmbito de atuação do Judiciário: "Vemos, assim, que o princípio da publicidade, no Poder Judiciário, funciona em dois níveis: no primeiro, no sentido de publicidade ampla, absoluta ou externa em que a atuação do Estado-juiz deve ser levada ao conhecimento de toda a sociedade, como fator de legitimação do exercício do poder e, no segundo, como publicidade relativa, restrita ou interna em que se restringe o conhecimento dos atos processuais tão-somente às partes e advogados." A concepção do autor corresponde, *mutatis mutandis*, às nossas vertentes formal e contenciosa do princípio da publicidade.

Diversos outros dispositivos da própria Constituição (principalmente quanto à prestação de contas dos administradores) reafirmam direta ou indiretamente a obrigação de respeito ao princípio da publicidade. Assim também, o ordenamento jurídico como um todo.

Nestes últimos dispositivos constitucionais e processuais, vê-se claramente que prepondera a vertente formal do princípio da publicidade, isto é, o constituinte se contentou com a divulgação de informações que interessam ao público. O controle dos atos públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, precisam ser do conhecimento do público, isto é, da coletividade que vê sua vida ser afetada por decisões e atos tomados por

aqueles cuja legitimidade está, em última análise, na escolha do cidadão. Devo abrir um parêntesis aqui para referir-me ao Judiciário, onde a legitimidade de seus atos não é aferida diretamente, mas em função do ordenamento jurídico, base de atuação deste poder.

O que deve ser sempre salientado é real a necessidade de participação política do cidadão, como fenômeno de poder para dar legitimidade ao exercício do poder pelos governantes. Esta participação se dá pela atuação, mais ou menos formal de indivíduos ou grupos na ação do Estado, materializado na audiência pública (right of a fair hearing). Como processo legitimante, entendemos, este processo só é possível por meio da publicidade ampla dos atos públicos que afetem os cidadãos, mas aqui, bem grifado, publicidade antecedente à edição do ato, para que os cidadãos afetados possam se manifestar.

Chegamos, então, ao ponto central de nossa explanação. Ter-se-ia contentado o legislador constituinte com a formalidade da publicação dos atos e informações da atuação pública dos três poderes? O conteúdo desta publicidade não seria, igualmente, relevante? Ou, indo um pouco mais além, esta comunicação pode ser aferida pela efetividade, isto é, a informação chega ao destinatário e este compreende a relevância e o conteúdo desta informação?

Muito embora a Constituição Federal não diga expressamente, entendemos que é perfeitamente viável, por uma interpretação sistemática, defluir a regra de que a publicação de quaisquer atos públicos deve ser clara, e eficaz.

Orlando Bittar, citado por Suzana de Toledo Barros (O Princípio da Proporcionalidade..., Brasília Jurídica, 2000, pág. 65) ao discorrer sobre o

controle de constitucionalidade de leis nos Estados Únicos, elenca diversos princípios que os Juízes da Suprema Corte fixaram para a aferição da constitucionalidade de determinada lei ("rules"), dentre os quais se destaca a "rule of certainty", sobre o qual comenta o citado autor: "segundo a qual as leis da política social devem deixar bem claro e certo tudo o que prescrevem ou consentem, sob as sanções certas que indicarem".

Verificamos, pois, que as leis, mormente aquelas que contém comandos dirigidos diretamente aos cidadãos, devem ser claras, isentas de dubiedades, e, enfim, cumprirem o papel fundamental de comunicação entre o Estado e o cidadão, por meio da publicação.

#### 6.1 A garantia da publicidade dos atos processuais penais.

Segundo Rogério Lauria Tucci, “impõe-se, outrossim, para que a defesa do imputado seja assegurada em sua plenitude, a ampla publicidade dos atos processuais, imprescindível também ao *due process of law* no processo penal, e que se perfaz com o conhecimento e a presença, na totalidade deles, dos interessados na definição e/ou satisfação de concreta relação jurídica penal, bem como pelo acesso a eles de todos os membros da comunidade”.

A publicidade é determinante na regra da regularidade e validade dos atos processuais, não só para que se garanta um iter procedimental sem vícios, mas, igualmente, “para que a sociedade possa formar sua opinião sobre a retidão dos órgãos judiciais”.

A publicidade implica “na diminuição de erros judiciários, apresentando-se o julgamento penal, pública e solenemente pronunciado, com uma característica reparatória quando sancionada, com efetividade, a prática da infração apreciada pelo órgão jurisdicional ou esclarecedora do acerto da declaração de inocência do imputado”.

Em suma, “apresentando-se a publicidade como requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, num procedimento demarcado em lei, a fim de que sejam prévia e amplamente conhecidos, propiciando a participação dos interessados; atende, por outro lado, ao reclamo de transparência da Justiça (particularmente da Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública”.

## 6.2 Categorias da publicidade.

Após expressar que o vocábulo publicidade (“vir a público) é tomado, assim, não só na sua acepção técnica, mas, igualmente, na vulgar “de divulgabilidade”, e que o público “é equívoco, no campo jurídico”, José Cretella Junior adiciona que “publicidade é o atributo daquilo que, por qualquer motivo, deve ser divulgado, significando, *ad litteram*, na presença de todos, publicamente, em público, de tal modo que *quisque de populo*, mesmo que não tenha interesse direito no fato, pode dele tomar conhecimento, informando-se a respeito, pela notoriedade e divulgação que dele se faz”.

Partindo dessa mesma linha de raciocínio, segundo Rogério Lauria Tucci, “a doutrina processual tem procurado estabelecer diversas categoria de publicidade de atos processuais, apresentando-as a seguir:

a) publicidade ativa, em que determinados atos do processo são involuntariamente conhecidos do público; e publicidade passiva, que se verifica quando o público, por iniciativa própria, *sponte sua*, deles toma conhecimento;

b) publicidade imediata, quando a cognição dos atos do processo está franqueada a todos os cidadãos; e publicidade mediata, quando deles só se toma conhecimento mediante certidão, cópia, ou pelos *mass media* (imprensa, por exemplo) e;

c) publicidade absoluta ou externa, quando todos os atos do processo se realizam perante as partes, e, ainda, são acessíveis ao público em geral; e publicidade restrita ou interna, quando alguns ou todos eles se realizam, somente, perante as pessoas diretamente interessadas e seus respectivos procuradores judiciais, ou, ainda, apenas estes”.

Assevera Rogério Lauria Tucci, que “tais critérios distintivos, como pode ser verificado sem qualquer dificuldade, baseiam-se na maior ou menor amplitude conferida à publicidade dos atos processuais e conseqüentes participação dos interessados e cognição dos demais membros da coletividade”.

Segundo José Frederico Marques, “a publicidade é uma garantia para o acusado, e também para o próprio juiz, que, sem ela, estaria pouco protegido contra críticas tendentes a fazer suspeitar-se de sua independência e imparcialidade”.

Trata-se, enfim, a publicidade dos atos processuais, na correta observação de Antonio Scarance Fernandes, “de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça”.

### 6.3 Garantia da publicidade dos atos processuais penais no direito positivo brasileiro.

Em nosso País, foi a atual Carta Magna que elevou à eminência constitucional a garantia da publicidade dos atos processuais.

Anteriormente à sua edição, segundo Rogério Lauria Tucci, “só cogitavam desta os Códigos de Processo Penal de 1941, no art. 792, e de Processo Civil, nos arts. 155 e 444, ensejando – dadas as suas naturais limitações no plano legislativo, e, sobretudo, ante a concessão ao Supremo Tribunal Federal, pela regência constitucional precedente, especialmente das Emendas n.º 1, de 17.10.1969, e n.º 7, de 13.04.1997, de restringir as hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário, o desrespeito à ampla publicidade, com o julgamento de inúmeras causas em segredo de justiça”.

O referido dispositivo do Código de Processo Penal em vigor estabelece que: “as audiências, sessões e atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivões, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. §1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou

perturbação da ordem, o juiz, ou Tribunal, Câmara, ou Turma, poderá, de ofício, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número das pessoas que possam estar presentes. §2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada”.

Já agora o art. 5º, inc. LX, da CF, expressa que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

E, o inc. IX, do art. 93, por sua vez, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

Segundo Rogerio Lauria Tucci, “verifica-se, de pronto, que a publicidade dos atos processuais continua sendo a regra, cujo excepcionamento só poderá ocorrer quando o exigirem o interesse público, ou social, ou a defesa da intimidade.

#### 6.4 Os tratados de direitos humanos internacionais no direito processual penal.

O ser humano é sujeito de direito tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional. A universalização dos direitos humanos, notadamente no período pós-guerra, quando da formação de um consenso sobre a necessidade da regulamentação dos direitos do homem no plano internacional,

tornou premente a rediscussão do conceito tradicional de soberania, bem como da adoção de certas regras que invariavelmente derivam do universalismo.

A concepção contemporânea de direitos humanos, entendidos como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação de pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural, passa por premissa fundamental, pela qual são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente, inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam.

O princípio da dignidade humana, nesse contexto, assume importância fundamental, podendo-se, mesmo, concluir pela necessidade de seu superdimensionamento, consubstanciando-se no ponto de partida para a interpretação de valores constitucionais.

Os tratados internacionais, notadamente os de direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher e Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, no âmbito global, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no âmbito regional, dentre outros, assumem importante papel de positivação de certos direitos voltados à pessoa humana.

Hoje, pode-se afirmar a existência de certos parâmetros universais, em maior ou menor escala, presentes em todos ordenamentos jurídicos locais. Os tratados de direitos humanos trazem em seu bojo valores imprescindíveis para a integração dos homens e mulheres das mais diferenciadas localidades do mundo, pela via do consenso. Segundo Antônio

Augusto Cançado Trindade, “esses denominados novos direitos não restringem, mas ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos”. Ademais, não se pretende a subtração de valores locais em detrimento dos universais. Ao contrário do que se poderia imaginar, a efetivação dos direitos locais passa antes pela imperativa afirmação de conceitos universalistas.

A efetivação desses direitos por um caminho extremamente relevante na ciência normativa, que é o processo de interpretação sistêmica de uma norma. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa de uma Constituição Federal. Desse modo, pode-se dizer que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

A Constituição Federal, por sua vez, segundo Konrad Hesse, “pode ser definida como ordem jurídica fundamental e aberta à comunidade. Cabe, pois, à ordem constitucional, determinar os princípios diretivos, segundo os quais se deve formar a unidade política e prosseguir a atividade estatal, regular o processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade, ordenar a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal e, criar os fundamentos, além de normatizar os princípios da ordem jurídica global”.

Os tratados internacionais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as ordens jurídicas, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Segundo Canotilho, interpretando-se as ordens jurídicas locais, com suas finalidades precípua e adequando-a a realidade, “deve-se pleitear

sempre a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”. Os princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e sua força normativa balizam o conteúdo veiculado nos tratados internacionais de direitos humanos.

O Direito enunciado no tratado internacional poderá, reproduzir norma ou princípio, tidos por preceitos, assegurados pela Constituição Federal, caso em que reforçará a ordem jurídica local.

Poderá, também, inovar, trazer novos direitos e garantias, caso em que haverá a ampliação e extensão dos direitos humanos, via complementação e integração desses direitos. Essa inovação, que se dará, pondere-se, não só pelo reforço de direitos, mas também, pela suspensão de outros.

Quando, eventualmente, contrariar a ordem jurídica local, o tratado internacional, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da pessoa humana, repelindo-se, sobremaneira, os tradicionais critérios da especialidade, da hierarquia e cronológico.

A Constituição Federal de 1988, da República Federativa do Brasil, insere em seu texto diversos tratados internacionais de direitos humanos, revelando uma preocupação com a sintonia internacional. Não obstante, os direitos e garantias fundamentais, nela previstos, são dotados de uma especial força “expasiva”, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

Denominada “Constituição-cidadã”, ela tornou-se um marco no processo de democratização no Brasil, pela inserção de um Estado Social Democrático de Direito, amparada na ampla participação popular, num amplo

conceito de cidadania. A pessoa humana tornou-se fundamento e fim do Estado e relações com o direito internacional.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, retratou a aplicabilidade imediata, dos direitos e garantias fundamentais, vale dizer, das normas materialmente constitucionais, e o §2º ampliou, em tese, o campo de atuação dos tratados internacionais. Sobre a aplicabilidade imediata, segundo José Afonso da Silva, “todas as normas constitucionais, em maior ou menor grau, têm essa aplicabilidade”, mormente no que tange aos efeitos revogador e paralisante.

No entanto, segundo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, as normas programáticas, que são aquelas orientadoras e norteadoras de condutas, ditas filosóficas, portanto, não teriam aplicabilidade imediata, retratando somente o dever-ser sem quaisquer ônus pelo descumprimento ou inobservância, v.g., o direito a moradia, a saúde, a abrangência e real significação do salário mínimo, etc.. Tal entendimento não é compartilhado pela doutrina majoritária, principalmente, no que tange *writ* do mandado de injunção e a adoção da teoria concretista.

Já, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que versa sobre os tratados internacionais, demonstra o formidável campo de atuação desse instrumento do direito das gentes, em face do direito local.

Trata-se de uma questão de ampliação de eficácia das normas constitucionais, de modo que, o assunto deve ser sistematizado e amplamente debatido não só no âmbito de nossos Tribunais, bem como no meio acadêmico. Pondera-se que esse debate não se exauriu em face do dimensionamento dos direitos humanos internacionais, bem como em face do aprimoramento das garantias da pessoa humana.

Há uma imperiosa necessidade de uma sistematização das posições sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio para reflexões futuras e ampliação da dialética crítica e construtiva, não se pretendendo exaurir completamente o assunto, que, por sinal, ainda tem muito a ser escrito e discutido.

Tem-se por expectativa o aumento de eficácia da Constituição Federal, um instrumento formidável, com a conseqüente ampliação dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Questões como a nova adaptação conceitual de soberania em face da primazia dos direitos humanos, predomínio do universalismo sobre o relativismo cultural, a necessidade de implementação e criação de políticas de direitos humanos, o revigoramento do princípio da dignidade humana e da condição humana como o mínimo necessário, o reforço das liberdades públicas, a revisão de reservas e declarações restritivas de direitos humanos, a pressão moral da comunidade internacional e a comunicação entre Estados e possibilidade de condenação da União nos casos comissivos e omissivos de violação dos direitos humanos, etc..

No âmbito do Direito Penal e Processual Militar, a extinção da pena de morte em todos os casos na Constituição Federal e a não recepção do Código Penal Militar, nessa parte. No Direito Processual Penal, o cabimento do *habeas corpus*, sem quaisquer ressalvas, até mesmo no que se refere a punições militares e a fungibilidade recursal e de ações plena nos casos relativos ao *jus libertatis*. No Direito Civil e Processual Civil, a extinção da prisão civil do depositário infiel, a ampliação dos limites da coisa julgada, a inserção expressa do duplo grau de jurisdição. No Direito Constitucional, o revigoramento das normas materialmente constitucionais, também tidas por cláusulas pétreas, o tratamento diferenciado dos tratados de direitos humanos

dos demais tratados, a vedação à existência do apátrida, a aplicabilidade imediata da Constituição Federal, no que se refere ao art. 5º, §1º, da CF, o redirecionamento do posicionamento majoritário do mandado de injunção, da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, da teoria não concretista para a teoria concretista, a argüição por descumprimento de preceito fundamental um campo aberto para a defesa dos direitos humanos, etc..

Trata-se, indubitavelmente, de uma questão debatida e controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, mormente porque versa sobre valores universais e direitos fundamentais da pessoa humana, que são balizadas diariamente na ciência do direito e que merecem a introdução de uma nova gramática dos direitos humanos, com a imperativa modificação da jurisprudência, assim como de preconceitos doutrinários. Cabe ponderar que, os tratados de direitos humanos merecem um tratamento diferenciado dos demais instrumentos internacionais de direito das gentes.

No Brasil, pelo que se depreende dos estudos de direito constitucional e direitos humanos internacionais, há cinco posições que versam sobre o *status* de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Posições filosóficas que transcendem o ordenamento positivo, com imensas e diretas repercussões na ciência do direito.

A primeira posição, defendida por internacionalistas como Alfred Verdross e Friedrich von Heydte, Agustin Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, dentre outros, sobre a incorporação dos tratados internacionais nos ordenamentos jurídicos locais, baseia-se na existência de um no direito imperativo, transnacional, que versa sobre valores universais inerentes a todo ser humano e, que, dessa forma, estaria acima de todos os ordenamentos jurídicos subjacentes, justamente por agregar valores mínimos

de dignidade e ordem social, quase equivalendo ao direito natural, denominado *jus cogens*. Para essa teoria, os direitos humanos não são criação de legisladores, tribunais ou juristas, e conseqüentemente não podem desaparecer da consciência dos homens, fundamentando-se numa ordem superior universal, imutável e inderrogável.

No direito internacional, segundo Francisco Rezek, há “um conjunto de normas que se impõem objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas”. Um exemplo disso é o artigo 53, da Convenção de Viena, segundo o qual tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral é nulo.

A grande crítica que se faz à teoria do *jus cogens*, segundo Rezek, “é a hostilidade à idéia do consentimento como base necessária no direito internacional, já que se pretende a utilização de regras imperativas que frustrem a liberdade convencional dos países não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses, de arriscar parte excessiva dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação”.

Uma segunda posição, defendida no Brasil por Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Fernando Luiz Ximenes Rocha, Antonio Carlos Malheiros, dentre outros juristas de renome, adota a tese segundo a qual os tratados sobre proteção internacional dos direitos humanos não podem ser equiparados aos tratados multilaterais clássicos. Distintamente dos tratados clássicos, os tratados internacionais de direitos humanos vão muito além, e compreendem bem mais do que compromissos recíprocos para o benefício

mútuo dos Estados-partes, pois incorporam obrigações objetivas a serem cumpridas por meio de mecanismo de implementação coletiva.

Para Cançado Trindade, “a evolução da proteção internacional dos direitos humanos, testemunho e reflexo do dinamismo do direito internacional contemporâneo, a afetar e questionar as práticas do passado e a requerer novas soluções, não pode ser compreendida à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e a *fortiori* das relações deste com o direito interno”.

Segundo, ainda, Cançado Trindade, “em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano, tenha-se conformado aos próprios objetivos daqueles sistemas de proteção diretamente voltados não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de desigualdade fática *vis-à-vis* o poder público. A proteção dos direitos humanos, em definitivo, não se exaure – como não poderia se exaurir – na ação do Estado”.

Os tratados internacionais de direitos humanos, dessa forma, possuem *status* constitucional, sendo compatibilizados com o ordenamento jurídico local, nessa hierarquia, nos termos do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal. Segundo Flávia Piovesan, “ao prescrever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais, a *contrario sensu*, a Carta de 1988, está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente previstos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”.

Essa conclusão advém, ainda, segundo Flávia Piovesan, “de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da

força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.

Uma terceira posição, sustentada, dentre outros autores, por José Joaquim Gomes Canotilho, sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos, no ordenamento positivo, decorre do conteúdo das normas numa verificação de compatibilidade não somente vertical, como também material. Isso porque a Constituição Federal de 1988, contém normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, sendo ambas dotadas de supralegalidade, mas com graus diversos de eficácia e aplicabilidade, notadamente em função dos valores que veiculam.

As normas formalmente constitucionais representam o conjunto de regras inseridas no texto da Constituição escrita, que digam ou não a respeito da matéria constitucional, valendo dizer, que só possuem supralegalidade por questão de opção, escolha do Poder Constituinte. Confunde-se, na realidade, com o texto escrito da Constituição Federal.

Já, as normas materialmente constitucionais, consubstanciam-se naquelas que, nitidamente, veiculam valores fundantes, estruturantes, de um sistema político e, que versam sobre matéria constitucional, tais como, os elementos “orgânicos” ou organizacionais, os limitativos de poder, os elementos sócio-ideológicos, assim como as liberdades públicas, que comumente se entrelaçam. Representam, em síntese, o conjunto de regras materialmente constitucionais, estando ou não inseridas na Constituição escrita.

Os direitos humanos veiculados nos instrumentos jurídicos de proteção internacional, dessa forma, teriam a natureza materialmente

constitucional dos direitos fundamentais, até porque de outra forma não estariam inseridos no artigo 5º, da Constituição Federal brasileira.

Por esta forma de interpretação sistemática, aprimorada por Canotinho, “procura-se densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco de constitucionalidade a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional”.

A problemática envolvendo o sistema hierárquico, escalonado, piramidal kelseniano, pela qual tem se pautado o Supremo Tribunal Federal, não seria obstáculo, à incorporação dos tratados de direitos humanos como norma de *status* constitucional. O balizamento das regras constitucionais, nesse caso, seria feito pela relativização dos preceitos constitucionais em confronto, já que, segundo entendimento doutrinário prevalecente entre os constitucionalistas, não há valores absolutos, excetuando-se, para alguns autores, o princípio da dignidade humana.

Ademais, segundo Norberto Bobbio, nenhum ordenamento detém a pretensão de completude. Na realidade, aponta o autor, incompletude da Constituição aponta à sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político. A *contrario sensu*, não se permitiria o aperfeiçoamento das garantias constitucionais, o que se mostra indesejável, tendo em vista o sistema dinâmico-jurídico.

Uma quarta posição, sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos, no ordenamento jurídico pátrio, e que vem respaldada pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, é o *status* de lei ordinária, portanto, hierarquicamente inferior à Constituição Federal, de modo que, estariam tais instrumentos de proteção desprovidos de supralegalidade.

Neste sentido: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema

jurídico brasileiro nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual procedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), ou quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (STF – Pleno – Adin n.º 1480/DF – Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, n.º 135)”.

A preponderar o entendimento jurisprudencial referido, outra questão relevante se apresenta, com a existência de três correntes doutrinárias sobre o tema. Uma corrente doutrinária, defendida por Pontes de Miranda e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dentre outros, sustenta que o artigo 59, da Constituição Federal, estabelece as espécies normativas dentro um patamar hierárquico, de modo que, as leis complementares são superiores às leis ordinárias que lhes devem conformidade. Ademais, a lei complementar exige o quórum de maioria absoluta para aprovação, enquanto que para a lei ordinária há a exigência de quórum de maioria simples. O tratado de direitos humanos que, nesse caso, possui natureza de lei ordinária, não poderá contrariar, assim, a lei complementar. Para uma segunda corrente, defendida por Roque Carrazza, dentre outros, a lei ordinária e a lei complementar não possuem entre si grau de hierarquia, com campos distintos de aplicação, de modo que, os tratados de direitos humanos, nesse caso, não necessitam de um controle de adequação material, perante a lei complementar. Para uma terceira

corrente, defendida por José Afonso da Silva, há duas espécies de lei complementar, quais sejam, a normativa e a não normativa, sendo que só no primeiro caso haverá subordinação hierárquica.

Uma quinta, e última posição sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento positivo pátrio, é pautada no superdimensionamento do princípio da dignidade humana, na sua real valorização, como um ponto de partida para todos os outros princípios, conjugada com a moderna teoria da força normativa dos princípios defendida por Robert Alexy, na Alemanha, e Ronald Dworkin, nos Estados Unidos da América. Isso porque o princípio da dignidade humana consubstancia-se, de fato, na única exceção à regra de hermenêutica constitucional pela qual não há valores constitucionais absolutos, tal a sua importância de matiz constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto, sem exceção, em todos os pactos internacionais de direitos humanos, no Brasil, disposto no art 1º, inc. III, da Constituição Federal, tratando-se de um dos fundamentos da República, mostra-se superior aos demais valores constitucionais, e por si só autoriza a recepção dos tratados de direitos humanos e ao mesmo tempo norteando e balizando eventuais colisões de direitos fundamentais que, por ventura, venham a ocorrer. Nesse caso, o conteúdo versado nos instrumentos de direitos humanos internacionais, teria aplicação após obedecidos o devido processo legislativo interno e externo. Não haveria, nesse caso, discussões formais, como v.g., a hierarquia de normas, ou vícios de iniciativa, mas sim a viabilidade de uma discussão pela matéria constitucional, via controle de constitucionalidade, de maneira direta ou difusa, em última análise, feito sempre pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, cairiam por terra discussões formais em detrimento do real

ganho em eficácia dos valores constitucionais, o que beneficiaria, indubitavelmente, a construção da cidadania, via Estado Social Democrático de Direito.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 3º, ao art. 5º, da Constituição Federal, expressamente menciona que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Preceituações com as supratranscritas afinam-se com os mais importantes diplomas internacionais referentes à proteção de direitos humanos, bem como com as legislações correspectivas dos povos cultos.

Assim, por exemplo, os arts. 6º, da Convenção europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, e 14, I, do Pacto internacional dos direitos civis e políticos, este expressando que a presença dos meios de comunicação e do público poderá ser vetada na totalidade ou em parte dos processos por força de “razões de moral, de ordem pública ou de segurança nacional, ou quando exija o interesse da vida privada das partes, ou, por medida estritamente necessária na opinião do Tribunal, quando por circunstâncias especiais do assunto, a publicidade puder prejudicar o interesse da justiça”.

Igualmente, o art. 472, do CPP italiano, que prescreve a publicidade interna, qual seja a restrita aos sujeitos parciais e aos procuradores, visando, no interesse do Estado e da privacidade das partes e das testemunhas, a evitar a divulgação dos fatos, assim como manifestações do público que, sobre a possibilidade de conturbar a realização do debate, acabam por influir na formação do convencimento do órgão julgador.

Até mesmo no âmbito do *common law* as leis canadenses, com o propósito de evitar interferências externas, concedem poderes aos tribunais para excluírem o público no interesse da decência, da moral e da ordem públicas, e da própria administração da justiça.

## 6.5 A publicidade na investigação criminal

Há duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de o advogado consultar os autos do inquérito policial, ou seja, na fase pré-processual, de modo que o princípio da publicidade, que não é absoluto, deve ser balizado juntamente com os outros direitos e garantias fundamentais.

Para a corrente que não permite que o advogado exerça suas prerrogativas, o autor do crime deixa de revelar as provas do ato e do fato e o Estado está autorizado a não mostrar a investigação como uma forma de manutenção da ordem social, com a finalidade de sucesso na investigação.

Tais doutrinadores procuram conciliar o art. 20 do Código de Processo Penal, que assegura sigilo no inquérito, com o art. 7º, XIV, do Estatuto do Advogado, que estabelece como direito do advogado "Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos". A solução para o conflito aparente de normas é assim apresentada: "São direitos do advogado: examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e

de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; desde que - a critério da autoridade responsável pelo inquérito ou procedimento investigatório, o sigilo não seja necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

Neste sentido:

CRIMINAL. HC. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AUTOS DE INQUÉRITO JUDICIAL CONDUZIDOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO SOB SIGILO. ACESSO IRRESTRITO DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MEDIDAS QUE RESTRINJAM A LIBERDADE OU O PATRIMÔNIO DO PACIENTE QUE SEQUER É INDICIADO. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO.

ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA.

I. Tratando-se de procedimento sob segredo de justiça, no qual o paciente não figura como indiciado, não há direito do seu advogado ao acesso irrestrito aos autos do inquérito.

II. Não se evidencia violação ao Estatuto da Advocacia, se o impetrante não demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu constituinte.

III. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.

IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

V. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

(HC 38.219/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15.03.2005, DJ 04.04.2005 p. 330).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INQUÉRITO POLICIAL - SIGILO - ADVOGADO - PRETENDIDO ACESSO AOS AUTOS - AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO - ALEGADA OMISSÃO QUANTO AO EXAME DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - REJEIÇÃO.

As razões que serviram de arrimo para afastar a tese defendida pela embargante foram devidamente rechaçadas, de maneira a desconfigurar qualquer eiva que mereça alterar o resultado do decimum.

Verifica-se, a partir do exame minucioso do processo, que, de fato, inexistente comprovação de que os impetrantes são advogados do representante da empresa, ou seja, carecem os autos do instrumento de procuração a evidenciar que os advogados teriam direito a acesso ao inquérito policial.

As omissões suscetíveis de serem afastadas por meio de embargos declaratórios são as contidas entre os próprios termos ou entre a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado. Não se imiscuem com a valoração da matéria debatida e apreciada.

Ademais o Tribunal não está obrigado a responder, um a um, a todos os argumentos das partes. A decisão judicial volta-se para a composição de litígios. Não é peça teórica ou acadêmica. Contenta-se o sistema com o desate da lide segundo a res in iudicium deducta, o que se deu, no caso ora em exame.

INQUÉRITO POLICIAL - ADVOGADO - ALEGAÇÃO DE QUE HÁ SIGILO DECRETADO E QUE POSSUI PROCURAÇÃO PARA DEFESA

DO CLIENTE QUE FOI OUVIDO NO PROCEDIMENTO - PRETENDIDO ACESSO AOS AUTOS, BEM COMO EXTRAÇÃO DE CÓPIAS - LIMINAR DEFERIDA, EM PARTE, CONFERIDO O DIREITO DE EXAME DO INQUÉRITO; OBSTADA, PORÉM, A POSSIBILIDADE DE CÓPIAS - ACÓRDÃO QUE CASSA A LIMINAR E DENEGA A SEGURANÇA - PRETENDIDA REFORMA - RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

- A par das hipóteses previstas no art. 20 do CPP, não há perder de enfoque, também, que, não ocorrendo risco imediato de cerceamento de liberdade do indiciado ou de seu patrimônio, o sigilo no inquérito policial deverá ser mantido. Essas hipóteses não se verificam nos autos, tendo em vista que o suposto cliente dos impetrantes somente foi ouvido nos autos, não sendo a pessoa investigada.

- Os impetrantes, em inúmeras oportunidades, ressaltam que a hipótese excepcional está caracterizada pela possibilidade de o advogado apreciar autos de inquérito policial, sob sigilo, desde que detentor de procuração, isto é, esteja devidamente constituído pela pessoa interessada em obter as informações colhidas. Para melhor aclarar essa assertiva, permita-se trazer à balha a afirmação dos impetrantes de que "como é sabido a lei tem que ser clara e cristalina, sendo extremamente necessária a menção da intenção do legislador, para que não paire dúvidas sobre o seu conteúdo. O que a lei determinou taxativamente é que não é permitido ter vista dos autos que tramitem sob sigilo sem procuração nos autos" (grifos não originais - fl. 7). Ausência de comprovação, de plano, do alegado.

- Seja por não caracterizado o direito a que faz jus o advogado em ter acesso aos autos de inquérito policial, seja pela ausência de prova do alegado pelos

impetrantes, o não provimento à pretensão recursal é medida que se faz necessária.

- Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 12.754/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.03.2003, DJ 23.06.2003 p. 296)

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no RMS 12.754/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 177)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. ACESSO. NECESSIDADE DE SIGILO. JUSTIFICATIVA.

AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - O inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente informativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal. Precedentes.

II - O direito do advogado a ter acesso aos autos de inquérito não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade do sigilo da investigação, devidamente justificada na espécie (Art. 7º, § 1º, 1, da Lei nº 8.906/94). Nesse sentido: RMS nº 12.516/PR, Rel. Min.

ELIANA CALMON, j. em 20/08/2002).

Recurso desprovido.

(RMS 15.167/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03.12.2002, DJ 10.03.2003 p. 253)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USURA PECUNIÁRIA.

INQUÉRITO POLICIAL. CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A natureza inquisitorial do inquérito policial não se ajusta à ampla defesa e ao contraditório, próprios do processo, até porque visa preparar e instruir a ação penal.

2. O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República.

3. A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir a nulidade ao feito inquisitorial.

4. Precedentes.

5. Recurso improvido.

(RHC 11.124/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19.06.2001, DJ 24.09.2001 p. 344).

ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo.

4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso ordinário improvido

(RMS 12516/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20.08.2002, DJ 27.09.2004 p. 282).

A Constituição da República Federativa do Brasil é clara : "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). E ainda: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (art. 5º, LXIII). Vê-se que até mesmo procedimentos administrativos comportam defesa — supondo-se que o inquérito seja, no mínimo, um deles —, e que a assistência prestada ao preso no inquérito pelo advogado só pode ser a profissional, já que outra espécie de amparo lhe será prestada pela família. O exame do procedimento ou processo, o conhecimento do que ali está, é meio fundamental para a defesa, sem o qual ela sequer tem início.

A instrução criminal comporta exercício do direito de defesa em todas as suas fases. O advogado pode consultar e examinar todos os procedimentos, inclusive aqueles que versarem sobre prisão temporária e interceptação telefônica. Não se irá transcrever doutrina alguma para fundamentar esta assertiva, porque a fundamentação está na Constituição e no Estatuto do Advogado, promulgado mais de cinquenta anos após o Código de Processo Penal. Não há exceções, segundo Alberto Zacharias Toron.

A única conciliação possível entre o artigo 20 do Código de Processo Penal (que permite sigilo no inquérito) e o Estatuto do Advogado é a seguinte: o decreto de segredo no inquérito policial ou em qualquer outro procedimento não alcançará, jamais, o advogado.

A regra básica e muito antiga de que não há pena sem anterior processo não admite procedimentos secretos, inatingíveis para o advogado. Neste sentido, Fauzi Choukr "...dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de 'investigações secretas', até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado".

Segundo Damásio de Jesus, com apoio na jurisprudência (RT 498/337) não se estende ao advogado com procuração, pois o acesso à íntegra dos autos representa um "direito que lhe é assegurado" ("Código de Processo Penal Anotado", SP, 9ª ed., Saraiva, 1991, p. 15). Na mesma linha colocam-se vários outros precedentes: RJTJESP, ed. Lex, 90/477 e 97/541. Aliás, idêntico é o ensinamento de Mirabete, quando precedentemente ressalva apenas a situação do advogado que não tem procuração nos autos em caso coberto pelo sigilo.

Procedimentos ou processos — não importa o nome, pois a persecução penal é uma só — registram fatos. O registro da investigação criminal tem importância porque poderá vir a documentar a acusação e fundamentar recebimento de denúncia. O segredo da investigação implica a inexistência de procedimento e de registro e, portanto, a ilicitude da procura do crime e da autoria. O que deveria ser oficial torna-se oficioso e, portanto, para nada serve. Embora o sigilo do inquérito possa ser adequado para a descoberta do crime, e neste sentido uma tentação para aquele que o preside, a

Constituição prevalece sobre a conveniência circunstancial da medida extrema.

O poder punitivo numa democracia encontra-se limitado por várias disposições de caráter constitucional que atingem e restringem o seu exercício. Fortes nesse sentido são as disposições que ao regular a atividade do processo penal inadmitem as provas ilícitas e, no Direito Penal, vedam as penas cruéis, perpétua e de morte. O conjunto de direitos e garantias individuais inscrito no artigo 5º da Lei Maior impede, concretamente, que se torture alguém em nome, por exemplo, da eficácia repressiva, descoberta da verdade, etc. O mesmo se pode afirmar em relação aos grampos telefônicos: a conversa interceptada ilicitamente, ainda que materialmente possa expressar alguma verdade, é imprestável. Disso se infere que no campo do processo penal há limites cognitivos à atividade persecutória estatal erigidos em nome de uma ética reconhecida pelo documento maior de nossa cidadania.

É, portanto, em nome do interesse público, reconhecido pela Constituição, que se veda a introdução no processo de provas ilícitas. Por isso e para ilustrar, não se pode admitir que se tome como válida uma confissão obtida mediante tortura com o argumento de que em nome do interesse público deva prevalecer pelo que nela há de verdadeiro. Sustentar o contrário levaria ao absurdo de se afirmar que o direito de o cidadão não ser torturado, identificado como interesse individual, não pode se sobrepor ao da eficácia repressiva ou da descoberta da verdade real.

No que concerne ao inquérito policial, há regra clara no Estatuto do Advogado que assegura o direito aos advogados de, mesmo sem procuração, ter acesso aos autos (art. 7º, inc. XIV) e que não é excepcionada pela disposição constante do § 1º do mesmo artigo que trata dos casos de

sigilo. Certo é que o inciso XIV do art. 7º não fala a respeito dos inquéritos marcados pelo sigilo. Todavia, quando o sigilo tenha sido decretado, basta que se exija o instrumento procuratório para se viabilizar a vista dos autos do procedimento investigatório. Sim, porque inquéritos secretos não se compatibilizam com a garantia de o cidadão ter ao seu lado um profissional para assisti-lo, quer para permanecer calado, quer para não se auto-incriminar (CF, art. 5º, LXIII). Portanto, a presença do advogado no inquérito e, sobretudo, no flagrante não é de caráter afetivo ou emocional. Tem caráter profissional, efetivo, e não meramente simbólico. Isso, porém, só ocorrerá se o advogado puder ter acesso aos autos. Advogados cegos, blind lawyers, poderão, quem sabe, confortar afetivamente seus assistidos, mas, juridicamente, prestar-se-ão, unicamente, a legitimar tudo o que no inquérito se fizer contra o indiciado.

A despeito de tudo, o grande argumento dos que sustentam que o decreto de sigilo pode ser oposto em face do advogado do investigado é o de que, além de inexistir o contraditório no âmbito do inquérito policial, a eficácia das investigações ficaria comprometida caso lhe fosse permitido o acesso aos autos do procedimento. Não faltou mesmo quem lembrasse que o inquérito policial é um dos poucos instrumentos de autodefesa do Estado no combate ao crime e de que o interesse público se sobrepõe ao particular. O próprio procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, em parecer que exarou no *Habeas Corpus* nº 82.354-8-PR, embora tivesse repudiado a idéia de um inquérito secreto, sustentou a possibilidade de o advogado ter acesso apenas a parte dos autos do inquérito quando houver mais de um investigado.

O tema ganhou fôlego tanto pela incomum reiteração de decisões indeferitórias de vista, quanto pela irresignação dos advogados que, pasmos,

viam-se impossibilitados de atuar tecnicamente em prol do cidadão que estava sendo chamado para prestar depoimento ou mesmo diante de indiciamentos arbitrários ou, pior ainda, de prisões já consumadas, não tinham como combater os atos que se abatiam sobre os clientes, pois não conheciam os fundamentos das decisões.

Agora, no entanto, com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o debate ficou iluminado pela decisão proferida no Habeas Corpus nº 82.354-8-PR, relatado pelo ministro Pertence que, entre outras coisas, deixou assentado que I) é perfeitamente possível manejar-se o habeas corpus para se discutir a matéria, pois "o cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na manutenção desta"; II) malgrado não se apliquem as garantias do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, existem, não obstante, "direitos do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio"; III) "do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade".

A conclusão a que, por unanimidade de votos, chegou a Primeira Turma do STF no julgado posto em destaque encerra com propriedade a idéia de que "a oponibilidade (do sigilo) ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações".

No mesmo sentido: Inquérito policial sigiloso. Possibilidade de acesso aos autos para o advogado constituído: "... O caso ora em exame põe em evidência uma situação que não pode ocorrer, nem continuar ocorrendo, pois a tramitação de procedimento investigatório em regime de sigilo, ainda que se cuide de hipótese de repressão à criminalidade organizada (Lei nº 9.034/95, art. 3º, § 3º), não constitui situação legitimamente oponível ao direito de acesso aos autos do inquérito policial, pelo indiciado, por meio do advogado que haja constituído, sob pena de inqualificável transgressão aos direitos do próprio indiciado e às prerrogativas profissionais de seu defensor técnico, ... Entendo claramente evidenciado, na espécie, o abuso que se verificou, não só contra as prerrogativas profissionais dos advogados regularmente constituídos, mas, sobretudo, contra os direitos que assistem ao indiciado, ainda que se trate de procedimento investigatório que tramite em regime de sigilo" (*HC* nº 86.059/PR, 2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, despacho liminar de 24.06.05, *DJU* 30.06.05).

## 6.7 O indiciamento e princípio da publicidade.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, o indiciamento é “a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática da infração penal que está sendo apurada”. É um ato de publicidade dentro do inquérito.

Embora a lei não se refira expressamente a “indiciamento”, menciona por várias vezes o “indiciado” (arts. 6, inc. VIII, IX, 14, 15, etc). Diante da colheita dos elementos que indicam ser uma pessoa autora do crime, a autoridade deve providenciar o seu indiciamento. Ao contrário, se não houver indícios razoáveis da autoria, mas mera suspeita isolada, não se justifica o indiciamento.

O indiciamento se relaciona com o princípio da publicidade no direito processual penal porque é o ato formal pelo qual há fortes indícios de autoria e materialidade numa certa pessoa. Também, em face desse princípio, o advogado tem o direito de acompanhar o indiciado e aconselhá-lo em seu interrogatório extrajudicial.

Junto com o indiciamento, dentro dos autos do inquérito deve a autoridade policial diligenciar no sentido de ser juntada aos autos do inquérito a folha de antecedentes do indiciado. Deve, ainda, a autoridade policial averiguar a vida pregressa do indiciado sob o ponto de vista familiar, individual e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação de seu temperamento e caráter.

## 6.8 A citação como ato máximo de publicidade do processo.

Em decorrência do princípio da ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, LV), é imprescindível que sejam os acusados cientificados da existência do processo e de todo seu desenvolvimento. O princípio da publicidade como decorrência lógica atinge, nesse momento processual, fundamental importância.

É somente pelo ato da citação que réu tem a ciência formal da existência de um processo penal contra si, de modo que “mesmo o ingresso no processo, através de procurador que constituiu, não elide a nulidade pela falta de sua citação pessoal. Conhecimento da ação penal que lhe é imputada é uma coisa e ciência específica da acusação formalizada é outra” (RT 571/327).

Há também nulidade no processo se o réu preso não for requisitado para acompanhar audiência do seu processo, tendo em vista o ferimento do princípio do devido processo legal e da publicidade dos atos processuais.

## 6.9 O novo interrogatório judicial e o princípio da publicidade.

As alterações recentemente introduzidas no interrogatório judicial, pela Lei no 10.792/03, embora se direcionem para a assunção de valores típicos de um processo penal democrático, comprometido com o sistema acusatório e superador de formas inquisitórias arraigadas em nossa cultura jurídica, deixam sem solução várias questões atinentes à sua realização.

Nesse plano de análise, um primeiro aspecto a merecer destaque diz respeito à nova regra, prevista no art. 185, § 1º, do Código de Processo Penal, que impõe a realização do interrogatório do acusado preso no próprio estabelecimento penitenciário. O interrogatório do acusado será feito no estabelecimento em que se encontrar. A obrigatoriedade (que se deduz do novo dispositivo) vincula-se ao atendimento de certas condições: a) existência de sala própria; b) resguardo da segurança do juiz e auxiliares; c) presença do defensor; d) publicidade do ato.

Tal inovação, contudo, se aplicada de forma geral e sem motivação quanto a sua necessidade, tornará vulnerável a garantia da publicidade dos atos processuais, em sua perspectiva de acompanhamento irrestrito, por qualquer do povo, do exercício da atividade jurisdicional.

Com efeito, diante das características dos estabelecimentos prisionais, o interrogatório do preso será factível apenas no âmbito da publicidade restrita, vale dizer, voltada, exclusivamente, para os sujeitos processuais. Mas, como é cediço, qualquer restrição à publicidade somente é permitida quando indispensável à preservação da intimidade, ou do interesse público, daí por que dependente de decisão judicial tomada em face da especificidade de cada caso.

A restrição de maneira geral e indiscriminada da publicidade de ato que, em sua essência, deve ser aberto a acompanhamento pelo povo, além de suprimir do exame judicial a averiguação de sua pertinência no caso concreto, torna inviável o controle difuso do exercício da atividade jurisdicional. Os atos assim praticados, sem justificativa da necessidade de restrição no caso específico, serão, obviamente, nulos.

Explicitou-se, por outro lado, a indispensabilidade da citação pessoal do acusado preso. Contudo, ao determinar a obrigatoriedade do interrogatório no estabelecimento prisional, o legislador acabou eliminando, de forma atabalhoada, a figura da requisição. O art. 360 do CPP passa a ter a seguinte redação: “se o réu estiver preso, será pessoalmente citado”.

Olvidou-se da previsão legal de que, uma vez ausentes as condições materiais previstas para a realização do interrogatório no presídio, o ato deverá ser realizado na sede do juízo. E é indubitável que, no caso, a citação pessoal deverá ser acompanhada da ordem judicial para apresentação do preso – requisição.

Outra importante novidade é o reconhecimento do direito de comunicação, prévia e reservada, entre acusado e defensor (art. 185, § 2º). Cuida-se de dever imposto ao Estado-juiz para a hipótese de acusado preso, mas que, por certo, haverá de ser estendido àquele que responde ao processo solto, sempre que a comunicação anterior não tiver sido possível. Assim, impõe-se a nomeação de defensor, antes do ato do interrogatório, ao acusado que, em liberdade, comparecer sem defensor constituído, assegurando-se a prévia comunicação entre ambos pelo tempo necessário à preparação da defesa, mesmo que tal prática possa redundar na necessidade de redesignação do ato. Trata-se, aqui, do cumprimento da garantia constitucional da mais ampla defesa. Lembrando-se de que o pragmatismo e a economia processual não podem sobrepor-se à defesa real e efetiva.

O § 2º, acrescido ao art. 185, estabelece que: “antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”. Anteriormente havia apenas a previsão genérica do art. 7º, inc. III, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do

Brasil. Além disto, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos — recepcionado no plano interno, pelo Decreto 592, de 06.06. 1992 —, prevê, também de forma genérica, no seu art. 14.3, letra b, o direito do acusado de comunicar-se com defensor de sua escolha. De forma semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos — incorporada no ordenamento brasileiro pelo Decreto 678, de 06.11.1992, assegura, em seu art. 8º, § 20, letra d, o direito do acusado ser assistido por um defensor de escolha e de comunicar-se livremente e em particular, com seu defensor.

Há de se ressaltar, outrossim, a efetividade conferida ao direito ao silêncio. A redação original do art. 186, embora desobrigasse o acusado de responder as perguntas que lhe fossem formuladas, abria espaço para uma valoração negativa sobre o seu silêncio. Embora tal previsão não tenha sido recepcionada pela nova ordem constitucional, numerosos continuaram a ser os julgados, que teimaram em ver, no silêncio do acusado, indício de sua culpabilidade ou adminículo de convencimento (TACrimSP, Ap. Nº 1.167.579/2, 1ª C., rel. Di Rissio Barbosa, j. 27.07.2000, *RJTACRIM* 51/144).

Agora, a situação inverte-se, e o novo parágrafo único do art. 186 veda qualquer relação entre silêncio e confissão ou mesmo valorações prejudiciais à defesa. E, nessa esteira, forçoso é convir que o art. 198, que permite ao juiz extrair do silêncio elementos para a formação de seu convencimento, foi tacitamente revogado. O parágrafo único, acrescido ao art. 186 do CPP, tem a seguinte redação: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Mas sem dúvida, o maior avanço introduzido foi a possibilidade aberta às partes de formulação de perguntas ao acusado. Com isto, o interrogatório, além de ser ato destinado ao exercício do direito de defesa, em sua vertente da

autodefesa, passa a ser, também, aberto à exploração contraditória. Reforçou-se o seu caráter híbrido, mormente em virtude da perspectiva de participação dos sujeitos parciais, resguardado, obviamente, o direito ao silêncio. Com efeito, é o que dispõe a nova redação do art. 188: “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

É certo que a não concessão de oportunidade de reperguntas será causa de nulidade, justamente por integrar-se ao rol de requisitos essenciais do interrogatório. Em consequência, haverá de ser assegurada a participação da acusação e da defesa técnica, não podendo o ato realizar-se sem a presença destas. Essa exigência, compatível com os novos ditames impostos pelo legislador, seria mais facilmente atendida caso houvesse sido o interrogatório deslocado para momento procedimental posterior, mais precisamente após a inquirição de todas as testemunhas, como aliás já ocorre no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, oportunidade em que todas as questões relativas à representação processual já teriam sido superadas.

No tocante à ordem a ser obedecida na formulação de reperguntas, há que se afastar, desde logo, qualquer possibilidade de equiparação analógica entre o interrogatório e a inquirição das testemunhas de defesa. Afinal, o acusado é parte da relação processual, reagindo à imputação acusatória. Não é puramente objeto de exploração probatória realizada no campo da dialética processual. Dessa forma, no equilíbrio resultante entre o exercício da ampla defesa e a exploração contraditória, parece-nos natural seja dada oportunidade, em um primeiro momento, ao órgão acusador — e

eventual assistente de acusação por aplicação analógica do art. 271, do CPP, passando-se, então, à defesa técnica.

Mesmo na hipótese de haver co-réus com defensores diversos, deverão estes participar do ato. Aliás, a busca pela melhor reconstrução do fato imputado poderá ser utilizada com grande valia pela defesa, como na hipótese de delação do co-réu. Aqui, na verdade, o apontamento aproxima-se de um relato testemunhal, o que reforça a necessidade de cumprimento do contraditório pleno. A delação é, sem dúvida, a hipótese mais evidente a revelar o interesse da defesa de um dos acusados em participar do interrogatório do co-réu. Mas não é só. A amplitude do direito à defesa não pode ser circunscrita, apenas e tão somente, a tal situação. Assim, havendo mais de um acusado, o ato do interrogatório deve ser realizado com a presença dos defensores dos demais acusados, que terão, igualmente, direito de reperguntar. Repita-se: a presença se impõe-se como garantia do exercício da mais ampla defesa, independentemente da versão dada por qualquer deles em juízo.

7.0 Interrogatório on-line. Violação dos princípios da publicidade dos atos judiciais e da ampla defesa. Nulidade Configurada.

Sob a justificativa governamental de barateamento de custos no sistema carcerário introduziu-se, de maneira inconstitucional, no sistema jurídico brasileiro, o interrogatório feito por microcomputadores e câmeras de televídeo.

Há, no caso vertente, frontal incompatibilidade com os princípios da publicidade, da oralidade, da legalidade, do devido processo legal, ampla defesa, e até mesmo da dignidade da pessoa humana.

O sistema de teleaudiência, além de discriminatório, porque não apresenta as justificativas técnicas pautadas na ciência do direito processual penal, funciona como uma verdadeira maneira de exclusão definitiva dos presos da sociedade da qual pertencem.

O direito de audiência, ou seja, de o acusado estar na presença de um magistrado para expor sua versão acerca da acusação que lhe foi formulada, também, se mostrou desatendido, para a perplexidade dos cientistas criminais. É, em síntese, o direito de autodefesa, também, sepultado.

Neste sentido:

“Ao relatório da sentença acrescenta-se que, condenado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, regime fechado, e pagamento de onze dias-multa, o réu apelou. Argüiu preliminar de nulidade do processo a partir do interrogatório judicial, tendo em vista a ausência do acusado em Juízo para ser interrogado, tendo tal ato se realizado pelo sistema teleaudiência. No mérito, pleiteia absolvição por insuficiência de provas.

Contra-arrazoado o recurso, manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Na espécie, é de rigor o acolhimento da preliminar argüida neste apelo.

Temos para nós que o interrogatório judicial realizado à distância, por sistema de videoconferência, o qual tem sido denominado interrogatório on-line, revela patente nulidade eis que viola princípios de natureza constitucional, em especial, os da ampla defesa e do devido processo legal.

Senão, vejamos.

O princípio do devido processo legal, consagrado na cláusula *due process of law* e cristalizado em nosso ordenamento constitucional no art. 5º, LIV, CF, impede que a pessoa seja privada de sua liberdade e de seus bens sem que lhe seja garantido um prévio processo, desenvolvido sob o prisma da legalidade e das garantias a ele inerentes, quais sejam, a plenitude da defesa (defesa técnica e autodefesa), o contraditório, a publicidade de todos os atos e a motivação das decisões judiciais e o segundo grau de jurisdição.

Insta ponderar que o ato de interrogatório concretiza a singular oportunidade de autodefesa do acusado perante o Juízo Criminal, delineando o exercício do direito de audiência, ou seja, de o acusado estar na presença do magistrado para expor sua versão acerca da acusação que lhe foi formulada.

Assim, segundo o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, "consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como ainda considera o Código de Processo Penal de 1941: art. 185 et seq.) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão" (As Nulidades no Processo Penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Filho, 6ª ed. rev., ampl. e atual. com a nova jurisprudência

e em face da Lei nº 9.099/95 e das Leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 79).

Sob a égide das normas processuais vigentes, torna-se patente a exigência legal no sentido de que o acusado deve ser interrogado na presença do juiz criminal.

A respeito, anote-se o que dispõe o art. 185, do Código de Processo Penal: "O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado".

O legislador deixou expresso, nos moldes do art. 352, inciso VI, do Código de Processo Penal, que o mandado de citação, dentre outros elementos, indicará "juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer"

Ora, pode-se sustentar que a hipótese em comento refere-se à situação do réu preso, na qual será ele requisitado para o ato de interrogatório. Pois bem: nos termos do art. 360, do Código de Processo Penal, "se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados".

Portanto, sem maior esforço, deriva do ordenamento legal a segura interpretação de que o legislador definiu que o acusado deve estar presente pessoalmente e frise-se, não virtualmente, diante do juiz criminal que preside seu interrogatório.

Aceitar-se a videoconferência como forma de se interrogar à distância o réu preso representaria patente violação do preceito constitucional da ampla defesa, considerando-se que, como já anotamos, tolhe-se a sua autodefesa. Todos sabemos qual é a realidade carcerária: um ambiente hostil e inseguro.

Portanto, colher as declarações do acusado à distância, o mantendo no local de seu encarceramento, é submetê-lo às influências capazes de desvirtuar, ainda que minimamente, sua versão sobre os fatos em apuração.

Desta feita, a presença real (física) e não virtual do acusado perante a autoridade judiciária não constitui inócuo formalismo. É meio de se garantir que a autodefesa seja realizada no ambiente forense, onde há como se acautelar a liberdade de manifestação do acusado.

Ademais, outra garantia inerente ao devido processo legal fica cingida na modalidade virtual do interrogatório, qual seja, a publicidade dos atos processuais.

Neste vértice, cumpre destacar a previsão do artigo 792, do Código de Processo Penal:

"A audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais,..."

A publicidade dos atos processuais é princípio que encontra amparo na Carta Magna, onde se estabeleceu estrita restrição tão-somente por força de lei, nos termos do art. 5º, LX, *in verbis*:

"A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;"

Ora, é inegável que a oitiva do acusado longe do ambiente forense, em um recinto do estabelecimento prisional, representa cerceamento à publicidade dos atos processuais, ao passo que será público somente aquilo que for estreitamente focalizado pelas câmeras e que restar audível aos microfones durante a videoconferência, deixando grande margem a que outros detalhes

relevantes, deste único contato que se tem com o acusado no curso do processo, sejam despercebidos inclusive pelo magistrado que preside o ato.

Cumprido destacar que esta Câmara já se pronunciou a respeito do tema, reconhecendo a ofensa aos princípios da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais, caracterizada pelo interrogatório on-line:

"Interrogatório Judicial On-Line — Violação dos princípios constitucionais da publicidade dos atos judiciais e da amplitude da defesa. Ocorrência. Inteligência do art. 791, § 1º do Código de Processo Penal, art. 5º, LX da Constituição Federal; art. 93, IX da Constituição Federal, 119 - O interrogatório judicial realizado on-line viola os princípios constitucionais da publicidade dos atos judiciais e da amplitude da defesa, já que, embora incluído no capítulo da prova no Código de Processo Penal, ele é hoje considerado como ato de autodefesa do réu, sendo o único ato processual em que o juiz dialoga com o acusado" (TACrim/SP, HC nº 297.054/5, julgado em 27.11.1996, 10ª Câmara, relator Breno Guimarães, *RJTACRIM* 33/382).

Como reforço de convicção, cumpre colacionar, do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (ano 10, nº 120, novembro/2002), trecho do profícuo parecer da conselheira Ana Sofia Schmidt Oliveira, relatora da Comissão constituída para elaborar anteprojeto referente à realização de interrogatório *on-line* de presos considerados perigosos, cuja orientação, corroborada pelo entendimento não menos preciso do conselheiro Carlos Weiss, levou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a editar a Resolução nº 05/02, tendente à rejeição de tal proposta:

"...são muitos os argumentos pragmáticos a revelar que o ideal de justiça na realização dos atos processuais perde-se nas pilhas volumosas de processos,

na rotina mecânica, no expediente massacrante, na lógica de produção que atingiu o sistema de justiça criminal. Quanto às garantias, é quase audível um sussurro que diz 'é tudo mera e inútil formalidade'.

Mas as formas têm sua razão de ser. Não se pode pretender arrancar delas o significado que carregam. Confundir formalismos despidos de significado com significados revestidos de forma é um risco que se deve evitar. Em especial, nestes tempos presentes quando a moda do fast track invade o mundo jurídico, quando se pretende criar a via rápida processual utilizando como motor de rolo compressor o sentimento geral de insegurança, as formas legais constituem saudáveis lombadas no caminho, exigindo que se mantenha a velocidade adequada a se evitar graves acidentes.

E para que se compreenda melhor o significado desta 'lombada' processual que é a exigência da presença física do réu preso no interrogatório e nas audiências, é preciso atentar para o que se passa durante a realização destes atos. Quando se fala que alguns atos processuais são 'jogos de cena', que as partes são 'atores', que o processo é um 'teatro', normalmente se fala com um tom pejorativo e esta percepção vem acompanhada de uma certa desilusão, como se tudo fosse pouco sério. Mas há uma maneira séria de ver este jogo cênico. A interação entre as partes presentes se dá através de várias formas de comunicação. Já houve quem dissesse que as formas não verbais importam menos, pois não ficam consignadas em ata e inexistem no processo penal o princípio da identidade física do juiz. Ou seja: o juiz que interagiu, que viu, que sentiu, não é necessariamente o juiz que vai dar a sentença. E para este, a única realidade é o que está transcrito no papel. É verdade e é lamentável que assim seja. Mas é impossível medir o impacto não verbal, no momento da produção da prova, da tomada dos depoimentos. E é inegável a força destes

outros elementos, perdidos definitivamente com a adoção da videoconferência. (...)

Em suma, esta Comissão entende que a substituição da presença física do réu nos interrogatórios e audiências judiciais pela transmissão eletrônica de sua voz e imagem é medida ilegal e desnecessária que ofende os princípios mais caros do devido processo legal."

Poder-se-ia sustentar que as nulidades só ganham vida no processo penal se demonstrado à saciedade o prejuízo à defesa do acusado (*pas de nulité sans grief*). No entanto, há casos como o presente, em que é manifesto tal prejuízo, evidenciando nulidade absoluta, mormente quando restar estampada uma ofensa a preceito constitucional.

Nesse diapasão, prelecionam com exatidão, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

"Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo..."

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do 'devido processo legal' como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo legal, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso

representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

...Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (supra, nº 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada (sobre nulidades absolutas e relativas, v. retro, cap. I, nº 2).

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas" (*As Nulidades no Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Filho, 6ª ed. rev. ampl. e atual. com a nova jurisprudência e em face da Lei nº 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 22/23).

Ressalte-se, ademais, que o d. procurador da P.A.J., por ocasião do interrogatório virtual, manifestou-se contrariamente àquela inovação no ato processual, pugnando pela redesignação daquele, de sorte que o acusado fosse requisitado para ser apresentado perante o Juízo processante para ali estar presente fisicamente a fim de ser ouvido (fls. 53).

Forçoso reconhecer, portanto, que o interrogatório do acusado encontra-se inquinado de nulidade insanável que ora reconhecemos.

Destarte, é de se acolher a tese preliminar para anular o processo a partir do interrogatório do acusado (fls. 49).

Isto posto, acolho a preliminar para anular o processo a partir do interrogatório (fls. 49), prejudicado o exame do mérito. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu P.F.B.

Ary Casagrande

(TACrim/SP – 10ª Câm., Ap. nº 1.393.055/9, Rel.: Ary Casagrande, j. em 22.10.03)

#### 7.1 Ação e defesa como forma de exercício da publicidade processual.

A autotutela e a autocomposição são formas extraordinárias de solução de conflitos de interesses. A regra é que somente o Estado, por meio do processo, pode solucionar a lide, dando a cada um o que é seu, com imparcialidade, sem egoísmo e sem altruísmo.

O Estado detém o monopólio da administração da justiça e, dessa forma, tem o direito de garanti-la. Se é o Estado que distribui justiça e, para tanto, instituiu órgãos adequados, é claro que aqueles que dela necessitam têm o direito subjetivo de levar-lhe ao conhecimento um litígio, invocando-lhe a aplicação da *norma agendi*.

Segundo Tourinho Filho, aí está o direito de ação; “direito subjetivo, público, abstrato, genérico, indeterminado; direito que todos temos de nos dirigir ao Estado-Juiz, invocando-lhe a garantia, a tutela jurisdicional”.

O fundamento do direito de ação repousa na proibição da autodefesa, e seu fundamento jurídico está no artigo 5º, inc. XXXV, da CF. Assim, não pode a lei ordinária excluir da apreciação dos órgãos jurisdicionais a defesa dos direitos individuais que se fundem em normas da Constituição e, muito menos, os direitos individuais que se incorporarem em leis ordinárias. O direito constitucional moderno fez da ação um direito individual, um direito público subjetivo do cidadão em face do Estado.

Pode-se definir a ação penal como o direito de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo. Também, como sendo o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva.

A doutrina da ação separou definitivamente o direito de agir do direito subjetivo material, de forma que o direito de acusação é autônomo e independente. Tanto faz haver uma sentença de procedência ou improcedência para que efetivamente exista a ação penal. No processo penal, vale dizer, proposta a ação penal pode uma sentença declarar que não houve crime (sentença de improcedência) e, então, apesar de faltar o *jus puniendi* nem por isso deixou de existir a ação penal, que foi plenamente exercida.

A ação penal é um direito autônomo, que não se confunde com o direito material que se pretende tutelar; é um direito abstrato, que independe do resultado final do processo; é um direito subjetivo, pois o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional; e é um direito público, pois a atividade jurisdicional é de natureza pública.

Como corolário dessa situação surgem os princípios do *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*, que são elevados à categoria de dogmas constitucionais. Em consequência, o poder punitivo do Estado, derivado da violação de uma norma penal, não pode ser exercitado sem uma comprovação e uma declaração judicial, inflingindo o castigo no caso concreto.

Por isso, explica Frederico Marques, “da mesma forma que a proibição da autodefesa criou o direito de ação para os particulares, a limitação da auto-executoriedade do direito de punir fez nascer para o Estado o direito de agir. Nessa limitação do *jus puniendi*, realçada nos incs. XXXV, LIII, LIV, e LV, do art. 5º, da CF, reside o fundamento constitucional da ação penal”.

Dessa forma, verifica-se que a ação e defesa só serão exercidas mediante o princípio da publicidade dos atos judiciais.

## 7.2 A defesa e a publicidade como garantias constitucionais.

O direito de defesa, em sua significação mais ampla, segundo Frederico Marques, é o direito latente em todos os preceitos emanados do Estado, como *substractum* da ordem legal, porque constitui o fundamento

primário e básico da segurança jurídica estabelecida pela vida social organizada. Como direito individual de todo cidadão, a defesa é, para este, um direito subjetivamente ilimitado, porém limitado como expressão de poder objetivo, o que quer dizer que o indivíduo deve subordinar, em geral, sua capacidade real defensiva aos limites e meios arbitrados pela lei para a proteção de sua pessoa e tutela de seus direitos.

Em seu sentido estrito, a palavra defesa exprime o direito de opor-se a uma pretensão, a fim de garantir um direito ou interesse que afirma existir e de que entende ser o titular. No plano processual, a defesa é essa resistência transformada em contrariedade à pretensão do autor. O processo de conhecimento tem por substrato o contraditório, pelo que se reveste de feição nitidamente dialética. À tese de acusação se opõe a antítese da defesa, e à pretensão punitiva da acusação, a resistência do réu para garantir seu direito de liberdade.

O direito de defesa é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal. A defesa, dessa forma, coloca-se como garantia do cidadão na justiça penal, sendo assegurada na sua plenitude, com os meios e recursos que lhe sejam essenciais.

No processo penal, em razão da natureza pública e em geral indisponível dos interesses materiais colocados à base do processo, o contraditório há que ser real e efetivo. Fala-se, portanto, em ciência e participação igualmente necessárias.

A ampla defesa divide-se, no processo penal, em duas ordens: autodefesa e defesa técnica. Para Tourinho Filho, defesas genérica e específica, respectivamente. A primeira é facultativa e de exclusiva titularidade do réu, a qual, por sua vez, subdivide-se em dois aspectos: direito de audiência e direito de presença. Por direito de audiência entenda-se a

possibilidade conferida ao acusado de influir pessoalmente no convencimento do juiz (exemplo: interrogatório), ao passo que o direito de presença confere ao imputado a oportunidade de estar presente aos atos do processo, assegurando a sua imediação com o juiz e com as provas.

Inconcebível a existência de um processo justo se a pessoa nele envolvida não tiver a oportunidade de participar ativamente de todas as fases do iter procedimental para tutelar seus direitos. Ademais, se se impede a participação, seja do autor ou do réu, a decisão judicial será sempre parcial, pois nela não se contemplaram todos os argumentos e pontos de vista dos interessados. Portanto, a publicidade dos atos processuais é corolário do direito de defesa.

A defesa que a lei torna indispensável é a técnica, desempenhada por pessoa legalmente habilitada, posto que o contraditório nunca será efetivo se não houver equilíbrio entre os ofícios da defesa e da acusação (art. 133, da CF, c.c. o art. 2º, da Lei n.º 8906/94). Os artigos 261 a 263, do Código de Processo Penal, foram, dessa forma, recepcionados pela ordem constitucional. Só será ela realizada com a observância do princípio da publicidade dos atos processuais.

A autodefesa do acusado, dispensável, configura apenas um ônus, cuja inobservância poderá acarretar-lhe, além da perda da possibilidade de exercer pessoalmente o contraditório, também a revelia. Entretanto, é bom que se esclareça, a renunciabilidade da autodefesa não implica a sua dispensabilidade pelo magistrado; tolhida por este, haverá nulidade absoluta, já que somente o réu pode dela dispor, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

Tão importante e indisponível é a defesa técnica que pode ser exercida ainda que contra a vontade do representado, ou mesmo na sua

ausência. Assim, se o acusado não constituir defensor, o juiz deverá, por injunção legal, nomear-lhe um, ressalvando-lhe a possibilidade de, a qualquer momento, constituir outro de sua inteira confiança.

Possuindo habilitação técnica, o réu poderá defender a si e, também, os demais co-réus.

É o defensor o representante do acusado, haja vista que age em nome no interesse deste. Entretanto, se no processo civil o defensor encontra-se plenamente vinculado à vontade daquele que lhe confia seus interesses, no processo penal, em razão da sua acentuada natureza pública, o defensor exerce representação *sui generis*, autônoma à vontade do acusado, já que pode atuar mesmo contra a vontade dele. Isto porque o advogado atua além do interesse particular do réu; também no interesse social, que reside na justa atuação da jurisdição, que será obtida à medida que o provimento judicial constitua a síntese da atividade dialética das partes processuais. As prerrogativas do defensor, nesta ótica, não teriam origem no mandato outorgado pelo réu ou na nomeação efetuada pelo juiz, mas na própria legislação processual penal que considera a defesa técnica inafastável.

### 7.3 A publicidade na sentença.

Em face da teoria da tripartição de poderes, originariamente concebida por Aristóteles e aperfeiçoada por Montesquieu, no Espírito das Leis, o Estado atinge as suas finalidades pelo exercício das suas funções básicas: legislativa, executiva e judiciária. Cada um dos três poderes possui

suas funções típicas e atípicas. A função típica do Poder Judiciário é a prestação jurisdicional.

Os atos jurisdicionais, no direito processual penal, classificam-se em despachos de expediente, ou simplesmente despachos ordinatórios (deles trata o art. 800, inc. III, do CPP) e decisões, as quais apresentam interesse ao presente tema.

O processo visa à satisfação de uma pretensão. A decisão do processo fará referência à pretensão processual. Toda ela virá referida à pretensão do autor em uma perfeita aplicação do princípio da congruência. A sentença encerra o ciclo do processo.

No direito romano os variados tipos de ação eram desconhecidos. Na realidade, falava-se, exclusivamente, em condenação ou absolvição. A fonte da sentença, segundo muitos juristas romanos, residiria num contrato anteriormente formado pelas partes.

No direito português havia duas espécies de sentença: a definitiva e a interlocutória, encontradas nas Ordenações Afonsinas. Nas Manuelinas, as sentenças dividiam-se em definitivas e interlocutórias, as quais, por sua vez, eram mistas e simples. Nas Filipinas havia três espécies: sentença definitiva, mista e interlocutória.

Segundo Frederico Marques, “sentença é o ato de composição do litígio, ou causa penal, em que o preceito normativo abstrato, imposto pela ordem jurídica, transforma-se em preceito concreto e específico”.

O CPP não define o que é a sentença, como faz o art. 162, § 1º, do CPC: “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

O juiz ao exercer ato de cognição, para fins de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, deve pautar-se nos princípios

constitucionais da igualdade, legalidade, *ultima ratio*, fragmentaridade, subsidiaridade, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, acusatório, publicidade, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, busca da verdade real, proibição do excesso, adequação (as penas devem ser estabelecidas para possibilitar a prevenção geral e especial), necessidade (a pena deve ser aplicada pautada no princípio da legalidade, mas na sua forma menos drástica), proporcionalidade (não basta a tipificação penal ou subsunção para a condenação, deve a pena ser proporcional ao fato cometido, ex., hoje no Brasil, falsificar um sabonete, pente, ou produto cosmético qualquer, trata-se de crime hediondo), culpabilidade (só será punível aquele que tiver consciência da ilicitude praticada). Procedendo-se contrariamente a tais princípios estar-se-á incorrendo em inconstitucionalidade.

O termo cognição, segundo Kazuo Watanabe, deve ser utilizado para indicar a natureza da atividade do órgão judiciário.

A cognição é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são produzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do julgamento do objeto litigioso do processo.

Procura-se deduzir a atividade do juiz, didaticamente, ao esquema de um silogismo, na qual a regra jurídica constituiria a premissa maior, os fatos a premissa menor e o provimento do juiz a conclusão.

A cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade).

No plano horizontal estão as questões processuais, condições de ação e mérito. O fato narrado, descrito, na denúncia ou queixa crime limita a cognição do juiz penal.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade, em: exauriente (completa) e sumária (incompleta).

A sentença penal, como regra, pode ser classificada em plena e exauriente.

A função da sentença é a de declarar o direito e não a de criá-lo. Mesmo julgando por equidade o juiz não cria a norma, apenas observa aquelas existentes em estado inorgânico (real e vivo na consciência do tempo e do lugar no qual se profere a decisão). O que o juiz jamais poderá fazer é deixar de julgar alegando que não há normas para tanto. O nosso sistema veda o *non liquet*.

Segundo Tourinho Filho, a sentença tem natureza jurídica de um “ato de inteligência, de labor intelectual, praticado pelo magistrado, mas, também, de um ato de vontade, porquanto ela exprime ordem genérica, abstrata e hipotética, prevista na lei que se transmuda em concreta”.

As sentenças podem ser classificadas em sentido amplo ou estrito. No processo penal, as sentenças em sentido amplo dividem-se em interlocutórias simples ou mistas, e as sentenças em sentido estrito em condenatórias, absolutórias ou terminativas de mérito.

A sentença em sentido amplo abrange qualquer pronunciamento da autoridade judiciária, no curso do processo, abrangendo ou não só as sentenças definitivas, como também as de caráter interlocutório.

As decisões interlocutórias simples são aquelas que solucionam questões relativas à regularidade ou marcha processual, sem que penetrem no mérito da causa, como o recebimento da denúncia, a decretação de prisão preventiva, etc.

A sentença interlocutória mista é aquela que tem força de decisão definitiva, encerrando uma etapa do procedimento processual ou a própria relação do processo, sem o julgamento do mérito da causa.

Subdivide-se em, interlocutória mista não-terminativa, que é aquela que encerra apenas uma etapa procedimental, como a sentença de pronúncia nos processos do júri singular e; interlocutória mista terminativa, que é aquela que encerra o processo sem a solução da lide penal, o que ocorre nos casos de rejeição da denúncia.

Já, a sentença em sentido estrito é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa.

Nesse passo, a sentença condenatória é aquela que julga procedente, total ou parcialmente, a pretensão punitiva e impõe uma sanção penal ao acusado.

São, dentre outros, efeitos da sentença condenatória: imposição da pena principal, ou no caso de semi-imputabilidade, a medida de segurança cabível; induzir à reincidência; inscrever o nome do réu no rol dos culpados; tornar certa a obrigação de reparar o dano; decretar a perda automática, em favor da União, dos instrumentos e produtos do crime, impor a imediata prisão do réu reincidente, ou portador de maus antecedentes, em caso de pena privativa de liberdade; sujeitar o condenado, quando for o caso aos efeitos não-automáticos previstos no art. 92, do CP; impedir a naturalização do condenado (art. 12, II, b, da CF) e suspender os direitos políticos enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III, da CF: é auto-aplicável).

Na sentença condenatória, segundo a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, o juiz jamais poderá reconhecer as qualificadoras de ofício. As agravantes não interferem na tipificação do delito, nem precisam constar da denúncia (art. 385, do CPP), já que os juízes podem conhecê-las de

ofício, nas ações penais públicas. Tratando-se de ação privada exclusiva, *a contrario sensu*, o juiz não poderá reconhecer agravante de ofício. Tal interpretação, com base no texto expresso do Código de Processo Penal, é majoritária na jurisprudência, contudo, numa análise sistemática do processo penal não há justificativa lógica para tanto.

O réu pode apelar da sentença absolutória para que mude o fundamento legal da absolvição. Há sucumbência, prejuízo, já que a melhor sentença possível é aquela que produz coisa julgada material. Exemplo: é absolvido por insuficiência de prova onde se aplicou o princípio *in dubio pro reo* ( art. 386, VI) e pretende que seja reconhecida a inexistência do fato (art. 386, I). A posição da jurisprudência, nesse caso, é bastante dividida. O MP por exercer a função de fiscal da lei tem interesse recursal para tanto.

As sentenças absolutórias são aquelas que não acolhem o pedido de condenação. Subdividem-se em, absolutórias próprias, que são aquelas que não impõem qualquer sanção ao acusado e; absolutórias impróprias, que são aquelas que não acolhem a pretensão punitiva, mas reconhecem a prática da infração penal e impõem ao réu medida de segurança. Estão elencadas no art. 386, do CPP: incisos I, III e V: possuem importantes repercussões na esfera cível: impossibilitam o ajuizamento de ação civil *ex delicto* para a reparação do dano. Os incisos pares: tratam de hipóteses de falta de provas: dão ensejo a ação civil *ex delicto*.

O juiz absolve tanto na certeza quanto na dúvida. Cabe ponderar, não obstante, que há sérias discussões doutrinárias se na sistemática do direito processual penal poderia o juiz agir na dúvida.

São efeitos da sentença absolutória: produz antes do trânsito em julgado a soltura do réu (art. 386, § único, inc. I, do CPP); expedição de alvará

de soltura (a ser cumprido imediatamente): “...liberte-se fulano de tal se por ALIUD (se por mais não estiver preso).

Sentença terminativa de mérito é aquela que ao julgar o mérito, não condena nem absolve o acusado, como, p.ex., a sentença de declaração da extinção da punibilidade (art. 61, do CPP, o juiz tem o dever de declarar de ofício). A rejeição liminar da inicial por atipicidade do fato também é sentença terminativa de mérito. Idem para a impronúncia.

O mérito é o conjunto dos fatos e dos temas de direito penal. O direito de punir é a base de todo do direito penal.

O perdão judicial tem natureza de causa extintiva de punibilidade. O STF firmou entendimento no sentido de tratar-se de sentença condenatória. O STJ, em face da Súmula 18, ao revés, fixou entendimento de que é declaratória da extinção da punibilidade (ou seja, sentença terminativa de mérito).

Quanto ao órgão que as prolata as sentenças subdividem-se em: a) subjetivamente simples: quando são proferidas por uma pessoa apenas, i. e., o juiz singular ou monocrático; b) subjetivamente plúrimas: são as decisões dos órgãos colegiados homogêneos, como as proferidas pelas câmaras dos Tribunais; c) subjetivamente complexas: quando resultam da decisão de mais de um órgão, como os julgamentos do Tribunal do júri, em que os jurados decidem sobre o crime e a autoria, e o juiz sobre a pena a ser aplicada.

Tecnicamente sentença é ato do juízo monocrático. Já, o julgamento proferido pelos Tribunais recebe a denominação de acórdão. E, se este não comportar mais impugnação, fala-se em aresto.

Podem, ainda, as sentenças ser classificadas em: executáveis, não executáveis e condicionais. Assim, transitada em julgado uma sentença condenatória, ela se torna executável. A sentença não executável é aquela

sujeita a recurso. Enquanto a apelação não for julgada, o réu que respondeu ao processo solto assim continuará. Condicional é a sentença cuja execução fica na dependência de um acontecimento futuro ou incerto (exemplo: *sursis* e livramento condicional).

Os requisitos formais da sentença são:

- a) relatório (ou exposição ou histórico);
- b) motivação ou fundamentação;
- c) conclusão ou parte dispositiva;
- d) autenticação.

O relatório é um resumo histórico do que ocorreu nos autos, de sua marcha processual, o qual deve aludir expressamente aos incidentes e às soluções dadas às questões intercorrentes (art. 381, I e II, do CPP). Corrente expressiva na jurisprudência menciona que sentença sem relatório padece de nulidade relativa, havendo, pois, que se demonstrar o prejuízo. Não é a posição de Tourinho Filho e Frederico Marques, que entendem tratar-se de nulidade absoluta. O art. 81, §3º, da Lei n.º 9009/95, dispensa o relatório, representando, dessa forma, uma exceção.

A motivação é a indicação dos motivos de fato e de direito que levaram o magistrado a proferir a decisão em um determinado sentido. Trata-se de garantia constitucional, pois todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme o artigo 93, inc. IX, da CF. Segundo Barbosa Moreira, a motivação serve como critério para percepção *in concreto*, da imparcialidade do juiz.

A necessidade de motivação da sentença, deve ser entendida segundo Marco Antonio Marques da Silva, “não como uma exposição ordenada de fatos, num mero sistema lógico formal argumentativo, mas como

demonstração clara dos fundamentos que determinaram a decisão, quer absolutória ou condenatória”.

A sentença sem motivação é nula absolutamente, nem poderia ser diferente, já que trata-se de uma garantia fundamental.

A conclusão ou parte dispositiva da sentença é a decisão propriamente dita (“Isto posto, julgo procedente ou improcedente a presente ação”). O juiz dispõe a cerca do direito aplicável e o aplica.

Consiste no exame de toda a matéria articulada pela acusação e pela defesa, com o conseqüente desfecho do processo. A imutabilidade dos efeitos da sentença limita-se à parte dispositiva.

A sentença sem dispositivo é absolutamente nula nos termos do art. 564, inc. III, “m”, do CPP.

A autenticação é o ato pelo qual se demonstra a origem da sentença (art. 381, inc. VI, do CPP). A sentença não assinada é inexistente. Já, a ausência de rubrica (art. 388, do CPP) consubstancia-se em mera irregularidade.

A sentença deve ser publicada para que tenha existência jurídica. A publicação dá-se, basicamente, por duas maneiras:

a) sentença proferida por escrito: no rito ordinário (ou sumário, desde que transformado em ordinário) dá-se com termo de publicação feito em cartório (é importante para fins de interrupção da prescrição).

b) sentença proferida oralmente: rito sumário, juizados especiais criminais, júri, além das Leis 6363/76 e 4898/65: nesses casos coincidem os momentos de prolação e publicação da sentença. O cartório, nesse caso, não necessitaria lavrar termo de publicação; o ato é desnecessário. No caso da Lei de tóxicos, se houver o segredo de justiça aplica-se a regra primeira, vista acima.

Com a publicação, o juiz não pode mais alterar a sentença por ele prolatada. Torna-se irretratável. Quanto aos erros materiais a lei é omissa a respeito, sendo aceito que a qualquer tempo proceda-se a correção de pequenos erros materiais a requerimento das partes, permitindo-se a correção de ofício pelo juiz.

Sentença suicida é a denominação dada por alguns autores italianos à sentença que contraria as razões invocadas na fundamentação (Manzini, Tratado de Direito Processual Penal). O dispositivo é conflitante com a fundamentação. Trata-se de sentença nula, segundo a doutrina.

Algumas observações pontuais:1) o sistema preclusivo no direito processual penal não é rígido como o do direito processual civil; 2) o Código de Processo Penal não é técnico ao utilizar o vocábulo sentença, um exemplo disso é o artigo. 416, do referido Códex, quando se refere à pronúncia

#### 7.4 Correlação entre a acusação e a sentença e o princípio da publicidade processual.

O princípio da correlação entre a acusação e a sentença também conhecido por princípio da adstrição ou princípio da congruência, está intimamente ligado aos fatos do processo penal e é basilar no processo penal vigente no Estado Democrático de Direito.

O fato penal, cabe ressaltar, é diferente do fato para o processo penal. O primeiro é o descrito na norma de direito penal ou fato gerador in abstracto, já o segundo para o processo penal é aquele realizado concretamente, sobre o qual se realiza a *persucutio criminis*, também conhecido por fato gerador in concreto, porquanto presente na realidade fática.

O princípio da correlação entre a acusação e a sentença existe para se resguardar outros vetores como os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais, e da inércia da jurisdição.

O objeto do processo dever permanecer inalterado durante todo o processo, salvo se ocorrer a *mutatio libelli*.

O art. 365, do CPP, não teria sido recepcionado, segundo parcela da doutrina, já que causa surpresa às partes, impossibilitando-lhes o direito de defesa garantido constitucionalmente. O que não é correto, já que a defesa deve partir do fato descrito na denúncia ou queixa-crime, e não da qualificação jurídica dos fatos dada pelo magistrado competente.

Na verdade, o que se tem chamado por princípio da correlação entre a acusação e sentença, está, na verdade, ligado ao objeto do processo.

No processo penal brasileiro, justamente em face de tal princípio, não se admite o julgamento *ultra, extra* ou *infra petita*.

Cabe ponderar que o juiz, em face de seu livre convencimento motivado, ao condenar o réu, não ficará adstrito à tipificação do delito feita na denúncia. Na sentença condenatória o juiz pode dar aos fatos nova classificação jurídica.

Não poderá rejeitar a denúncia com base nisso. O ato é de cognição plena e exauriente. Segundo a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, o juiz não pode, ao receber a inicial, alterar a classificação. Para dar nova classificação ao fato, nesse passo, só na sentença condenatória, já que a cognição é plena nesse ato processual.

É só através do princípio da publicidade processual que o acusado terá como saber o desencadeamento lógico do processo para o atendimento de sua finalidade precípua: a Justiça. Tal princípio deve se adequar aos dois institutos acima descritos.

## 7.5 Coisa julgada e princípio da publicidade processual. Limites objetivos e subjetivos.

A coisa julgada é a qualidade de imutabilidade dos efeitos de uma sentença. É a qualidade da decisão judicial, que a torna inalterável por via de recurso. É o resultado final da publicação da prestação jurisdicional por parte do Estado-Juiz.

Segundo Frederico Marques, “coisa julgada é a qualidade que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Para Liebman, “a coisa julgada não é efeito da sentença e muito menos pode identificar-se com a eficácia declaratória da mesma sentença: a coisa julgada é algo mais que se acresce à decisão para aumentar a sua estabilidade”.

No direito romano a coisa julgada tinha por escopo garantir a segurança e o exercício dos direitos e o gozo dos bens. Com o processo germânico agregou-se também a idéia de presunção *jure et de jure*. Não exprimia só a livre convicção do juiz, mas sim o resultado de experiências solenes, com intervenção de autoridades superiores e imparciais, para a caracterização da imparcialidade.

Os elementos identificadores do processo são a pessoa do imputado e o fato punível.

A coisa julgada penal recai, dessa forma, sobre os fatos e as circunstâncias a eles relacionados que foram apurados durante o processo penal.

Visa à paz jurídica, evitando a eternização dos conflitos, tornando estáveis as relações jurídicas.

A natureza jurídica não é de efeito da decisão mas qualidade atribuída a esses efeitos capaz de lhes conferir imutabilidade. Há inúmeras teorias sobre a natureza jurídica da coisa julgada, sendo a mais aceita esta de Liebman. Teorias: do quase contrato judicial: triangularizada a relação processual as partes comprometem a acatá-las; teoria da ficção (Savigny): a sentença pode ser justa ou injusta, mas estará sempre protegida; teoria de Rocco: a coisa julgada é uma verdade judicialmente comprovada; teoria de Chiovenda: a coisa julgada é justificada pela sentença que vale como expressão da vontade pelo Estado., etc..

A coisa julgada é dividida em: formal e material.

A coisa julgada formal é a imutabilidade como ato processual, provindo de preclusão das impugnações e dos recursos. Torna imutável dentro do processo o ato processual sentença. É pressuposto da coisa julgada material. A coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados para fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro.

Conforme lição mais moderna na doutrina, nem a coisa julgada formal, nem a material, são efeitos da sentença, mas qualidade da sentença e seus efeitos, uma e outra tornados imutáveis.

Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material.

A coisa julgada penal, atinente à sentença condenatória, na maioria dos casos, traz implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Está o juiz, pois, autorizado a agir por equidade, mediante a modificação objetiva da sentença em virtude da mutação das circunstâncias fáticas. É assim que se

explica, segundo Cintra, Dinamarco e Grinover, processualmente o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal transitada em julgado nos casos de livramento condicional, *sursis*, extinção processual durante a execução, etc.

A coisa julgada não se confunde com a preclusão, sem embargo de posições contrárias. A coisa julgada é um fenômeno extraprocessual, já, a preclusão é um fenômeno endoprocessual. A coisa julgada subdivide-se em material e formal. A preclusão máxima equivale à coisa julgada formal. Há alguns autores que não distinguem a coisa julgada formal e preclusão, mas, na realidade, a preclusão é antecedente à coisa julgada. A relação de que aqui se trata é de continente e conteúdo.

Sem embargo de abalizadas opiniões em sentido contrário, a coisa julgada penal é distinta da coisa julgada civil.

Isso em face do objeto do processo penal e das condições de ação penal.

A cognição penal é mais exauriente que a cognição civil, vale dizer, a valoração do juiz deverá ser mais aguçada, até em face do *jus libertatis*. O processo penal é calcado no princípio da busca da verdade real, enquanto o processo civil pauta-se na verdade formal, limitando a cognição do juiz na maioria dos casos. O art. 200, do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), reconhece isso expressamente.

Com relação às condições de ação penal, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, e legitimação para agir, nota-se que são diversos das condições do processo civil. Já, com relação à possibilidade jurídica, só para exemplificação, já que é um tema específico, no processo civil o conceito de possibilidade jurídica é negativo, isto é, ela será juridicamente admissível desde que, analisado em tese, o ordenamento

jurídico não o vede; no processo penal seu conceito é obtido positivamente, ou seja, a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento, em abstrato, expressamente a admitir.... .

A coisa julgada penal pode, conforme o caso, ostentar a autoridade absoluta ou autoridade relativa.

A sentença penal condenatória transitada em julgado apresenta autoridade relativa. Contribuem para isso as ações impugnativas autônomas de *habeas corpus*, revisão criminal e incidentes de execução.

A sentença penal absolutória passada em julgada possui autoridade relativa, exceto nos casos de inexistência material do fato, negativa de autoria e exclusão de nexos causal.

A sentença terminativa de mérito transitada em julgado pode, conforme a espécie, ter autoridade absoluta ou relativa. A sentença que julga extinta a punibilidade possui autoridade absoluta. A sentença que rejeita a inicial pela atipicidade da conduta ostenta autoridade absoluta. A sentença que rejeita a inicial por ausência de justa causa não faz coisa julgada. A sentença de impronúncia só faz coisa julgada formal.

Não há que se falar em coisa julgada nas decisões interlocutórias, que só geram, quando irrecorríveis são ou se tornam, preclusão.

Os limites objetivos da coisa julgada estão ligados aos fatos abrangidos pela coisa julgada.

Em se tratando do mesmo fato, não se admite em qualquer hipótese a propositura de uma segunda ação, mesmo que seja dada uma nova definição jurídica ao fato ou que seja inserida alguma elementar.

No concurso formal, o agente com uma só ação provoca dois ou mais resultados. Se num primeiro processo a denúncia referiu-se a apenas um dos resultados, e a decisão transitou em julgado, é possível uma segunda ação

com relação ao segundo resultado. Isso se a 1ª sentença foi condenatória, sendo a unificação feita em incidentes de execução. Se a 1ª sentença foi absolutória, não porque o fato originário é o mesmo.

Já, os limites subjetivos da coisa julgada estão relacionados às partes. Na esfera penal, segundo Tourinho Filho, tem eficácia *erga omnes*. Os efeitos adquirem a qualidade de imutabilidade apenas entre as partes. Apenas contra o réu absolvido não se admite a repositura da mesma ação. Se a pessoa não foi ré no processo nada impede que contra ela se instaure um processo pelo mesmo fato. A *res judicata* vale somente entre as partes.

#### 7.6 A lei da mordaza e o princípio da publicidade.

Determina a Constituição Federal, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, afirmando no seu parágrafo único que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Apesar de consagrado constitucionalmente, o sistema político democrático no Brasil a sua efetiva existência é muitas vezes questionada.

Celso Antônio Bandeira de Mello, dissertando sobre os países formalmente democráticos afirma que são os que, inobstante acolham normalmente em suas constituições modelos institucionais – hauridos dos países política, econômica e socialmente mais evoluídos – teoricamente aptos a desembocarem em resultados consonantes com os valores democráticos, neles

não aportam. Assim, conquanto seus governantes a) sejam investidos através de eleições, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários; b) consagrem uma distinção, quanto menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial; c) acolham, em tese, o princípio da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, nem por isto, seu arcabouço institucional consegue ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distinto da realidade efetiva.

Nos países formalmente democráticos é comum os gestores se aproveitarem da carência de consciência de cidadania das camadas econômica e culturalmente desprestigiadas, que não oferece resistência as manipulações dos governantes em prol das classes econômica e politicamente mais bem situadas.

Não se pode falar em democracia sem publicidade. Nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha "não se pretende mais aceitar, como legítima, a democracia da ignorância, aquela que todos são iguais no desconhecimento do que se passa no exercício do Poder usurpado e silenciosamente desempenhado".

Ora, quando o Poder Público se nega a disponibilizar aos cidadãos informações quanto à gestão da coisa pública ou disponibiliza informações que não coadunam com a realidade dos fatos, não há qualquer inconveniente que outros entes ou interessados levem ao conhecimento público as informações sonegadas. Daí o grande papel desempenhado pela imprensa nessas situações.

É inegável o trabalho investigativo que ao longo dos anos vem sendo realizado pela imprensa na busca de informações de interesse público. Dentre tais informações obviamente se encontram aquelas vinculadas à

Administração Pública, dando-se sempre preferência às que envolve desvios no trato da coisa pública e que fogem do conhecimento público. Neste processo investigativo, muitas vezes são buscadas informações contidas em inquéritos civis em tramitação no Ministério Público ou mesmo nas ações que correm no Judiciário.

No que concerne ao Ministério Público caberá ao Promotor de Justiça, que preside o procedimento decidir pela conveniência ou não de prestar a informação solicitada. Deverá ao membro do *Parquet* ponderar sobre a existência ou não de interesse público na veiculação da informação, lembrando que o interesse público da divulgação deverá sempre prevalecer sobre o interesse privado do investigado na manutenção do sigilo das informações.

Ora, não se pode pensar na impossibilidade absoluta do membro do Ministério Público prestar informação à coletividade de atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos. Sendo os administradores públicos gestores do patrimônio da coletividade como impedir que esta coletividade ignore o que vem ocorrendo no âmbito da Administração Pública?

Infelizmente, apesar de tudo que se falou sobre os princípios administrativos e em especial sobre o princípio da publicidade, o que parecia ser absolutamente inviável vem tomando corpo e começa a aparecer no nosso sistema jurídico com a tramitação do projeto de lei n. 536/99, já aprovado na Câmara de Deputados e em tramitação no Senado, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, alcunhado como Lei da Mordada. Tal diploma legal, dentre outras coisas, altera os arts. 3º, 4º, 7º e 11 da Lei n. 4.898/65, chamada de Lei de Abuso de Autoridade. Assim, dentre outras coisas, pretende impor sanções por "revelar o magistrado, o membro do ministério público, o membro do tribunal de contas, a autoridade policial ou a autoridade administrativa, ou

permitir, indevidamente, que chegue ao conhecimento de terceiro ou aos meios de comunicação fatos ou informações de que tenha ciência em razão do cargo e que violem o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de pessoas".

Como não há qualquer ressalva ao referido dispositivo, parece que o mesmo pretende sobrepor o interesse dos investigados e acionados na preservação de sua imagem ou honra a qualquer interesse na divulgação, mesmo havendo a legítima pretensão de toda a coletividade, que, então, estará fadada a conviver com a ignorância da escuridão das trevas.

Ora, não havendo exceção, ocorrendo um ato de improbidade administrativa, poderá o Membro do Ministério Público ou o Judiciário prestar informações à imprensa quanto aos fatos constantes da fase investigatória ou processual?

Se a informação solicitada estiver acobertada pelo sigilo legal, não há que se falar nessa possibilidade, como no caso de informações obtidas com a quebra de sigilo bancário ou fiscal. No entanto, não entendemos como tal vedação poderá alcançar os demais fatos.

Um, porque aquele que sem qualquer escrúpulo atenta contra a Administração Pública, seja enriquecendo ilícitamente, seja causando prejuízo ao erário ou mesmo violando princípios administrativos, quer dizer, atua sem qualquer constrangimento em violentar a honra objetiva do ente público, não pode pretender ver a sua questionável honra protegida. Dois, porque caso se pense em privar a coletividade de informações dessa natureza se estará violando não somente o princípio da publicidade, como já demonstrado, como também o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que omitir da

coletividade a verdade sobre o que efetivamente ocorre no âmbito da Administração Pública, visando preservar a "imagem" do administrador público, constitui a flagrante submissão do interesse público da informação ao interesse privado do sigilo.

Tal reflexão em verdade nada mais é que um desabafo, no aguardo esperançoso que o bom senso e o compromisso assumido como a coletividade, falem mais alto e penetrem na consciência daqueles que podem evitar que passemos a viver em uma verdadeira Matrix, sem consciência dos fatos, tal como ocorrem. E não se argua em defesa de tal dispositivo os prejuízos causados aos administradores públicos pelo sensacionalismo muitas vezes cometido pela imprensa. Conforme lecionou Rui Barbosa "deixai a imprensa com suas virtudes e seus vícios. Os seus vícios encontrarão corretivos nos seus acertos".

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei apelidado como "Lei da Mordaca", que foi aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente se encontra no Senado Federal, sob o no. 65/99, pendente de apreciação. Tal Projeto de Lei, conforme se infere de seus artigos 4º e 6º, visa coibir a emissão de opinião ou informação por juiz, membro do MP, Tribunal de Contas, autoridade policial ou administrativa, por qualquer meio de comunicação, sobre processo, inquérito, ou investigação que ainda esteja em andamento, responsabilizando-os penalmente, civilmente, e administrativamente, e impedindo que chegue ao conhecimento do povo, através da imprensa, informações acerca de investigações não findas.

Os dispositivos do projeto de lei, a despeito do que muitos parlamentares desejavam, felizmente não integraram a Reforma do Poder Judiciário, que foi promulgada dia 08 de dezembro de 2004, sob a Emenda

Constitucional no. 45/04. Não obstante, pendente de votação no Senado Federal, afigura-se um risco que impõe o silêncio às autoridades policiais, judiciárias e aos membros do Ministério Público a respeito de investigações a eles submetidas, sob pena de responsabilização por crime de abuso de autoridade, com pena de detenção, de seis meses a dois anos, indenização e multa, e ainda, perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou qualquer outra função pública pelo prazo de três anos. A questão é bastante delicada e consiste na ponderação de direitos fundamentais estatuídos na Magna Carta. De um lado, há o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, e à presunção de inocência do investigado; de outro lado, há o direito do cidadão à informação, à liberdade de expressão independente de censura ou licença, à publicidade dos atos oficiais.

Aqueles que defendem a lei da mordaza afirmam que o fazem em respeito ao princípio da inviolabilidade da intimidade, da imagem, da honra e da privacidade da pessoa humana preconizados no artigo 5º, X, CF/88, bem como ao princípio da presunção de inocência disposto em norma constitucional segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado de um crime antes da prolação da sentença penal condenatória, conforme o artigo 5º, LVII, CF/88. Afirmam que a publicidade da acusação resulta, inexoravelmente, em prejulgamento pela sociedade, que reputaria o cidadão culpado mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, causando prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação à honra e imagem dessas pessoas, caso advenha posterior absolvição. Propagam, assim, que condenar quem ainda não foi julgado pelo membro do Poder Judiciário afronta

os direitos fundamentais acima narrados, e postergados na Constituição Federal.

Outros, porém, discordam das argumentações acima, amparados especialmente na afirmação de que a Carta Magna traz em seu bojo o princípio da publicidade, expresso no seu artigo 5º, LX, bem como no seu artigo 37, “caput”. Tal princípio possui triplo aspecto: dever jurídico do Estado de tornar públicos os seus atos; direito fundamental do povo de ter acesso à informação sobre assuntos públicos; e direito fundamental da imprensa de divulgar tais informações para o povo. Em relação ao confronto entre os princípios da publicidade e da inviolabilidade à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem, seguem transcritos os ensinamentos do ilustre doutrinador Alexandre de Moraes :“Assim, exige-se do administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios da administração ,e, em especial à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo respeito aos princípios éticos da razoabilidade e justiça.

Como lembrado pelo Ministro Marco Aurélio, ao analisar o princípio da moralidade, “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade, como a mulher de César”.

O dever de mostrar honestidade decorre do princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à

intimidade e à vida privada para a prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação de diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

Portanto, as condutas dos agentes devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos”.

O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, está submetido a esse princípio constitucional, velando pelos interesses da sociedade, defendendo a moralidade pública, fiscalizando atos de autoridades que lidam com a coisa pública, sendo muitas vezes o porta-voz do povo. Responsabilizá-lo penalmente, civilmente e administrativamente, inclusive com a perda da função pública por divulgar fatos relevantes, de forma responsável, o afã de cumprir seu mister institucional, é calar a voz da democracia e da moralidade, tão privilegiadas na nossa Constituição Federal, chamada de “Constituição cidadã”, uma vez que não somente os cidadãos, considerados como aqueles que estão quites com suas obrigações eleitorais e podem exercer o sufrágio, mas todos os brasileiros sofrerão com a ignorância acerca de fatos importantes, deixando de exercer seu direito à informação constitucionalmente assegurado.

Referido direito está expresso no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Depreende-se então que o legislador constitucional tratou com especial relevância esse direito, elencando-o como um direito fundamental, e que portanto, deve ser veementemente observado, não podendo uma lei infraconstitucional extingui-lo, ou mesmo mitigá-lo, como pretende a famigerada lei da mordaza.

Ressalte-se ainda, que o legislador constituinte desejou que o direito à informação fosse ardorosamente exercido, tanto, que o inseriu como norma constitucional auto- aplicável, preservando sua eficácia imediata plena, não deixando a critério do legislador infraconstitucional sua regulamentação, o que torna ainda mais absurda a edição de uma norma infraconstitucional impondo restrições ao direito em comento.

A Constituição Federal incumbiu o Ministério Público com um plexo de atribuições de relevante interesse social, de forma que tolher a sua ação, amordazando sua atividade, reputada pela Carta Política como essencial para a função jurisdicional do Estado, atinge prejudicialmente todos os brasileiros, uma vez que seu porta-voz estará impedido de dar publicidade aos atos de gestores públicos, sob pena de responsabilidade por abuso de autoridade, com repercussão penal, civil e administrativa. Obviamente, o mesmo raciocínio aplica-se à atividade policial e à função jurisdicional.

Enfoca-se bastante a questão da divulgação dos atos de agentes públicos uma vez que, a bem da verdade, a lei da mordaza interessa aos próprios parlamentares e políticos, haja vista que os cidadãos humildes, de baixa renda, estão acostumados a ter sua vida pessoal diariamente devassada, exposta aos refletores da mídia, por suspeitas de infrações muitas vezes bem menos graves do que a corrupção ativa ou passiva, por exemplo, sem que

ninguém alegue malferimento às inviolabilidades à intimidade, à imagem, à honra e à vida privada.

É claro que não se deve admitir o cometimento de abusos na investigação criminal por parte de quem quer que seja, inclusive pela imprensa. E não se pode negar que, os membros do Ministério Público, da Magistratura ou Polícia, por serem, acima de tudo, seres humanos, são naturalmente falhos e passíveis de cometer excessos, e de submeter alguém ao severo crivo da opinião pública, através dos holofotes da imprensa, com base em informações temerárias e provisórias. Todavia, para essas ações levianas, a Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais prescrevem pesadas sanções.

Com efeito, o Código Penal, nos artigos 138, 139, e 140, prevê os crimes de calúnia, injúria e difamação para proteger a imagem das pessoas e responsabilizar criminalmente quem ofender sua honra tanto do ponto de vista objetivo (consideração social, o bom nome, a boa fama, boa reputação), quanto sob o aspecto subjetivo (sentimento íntimo, consciência própria da dignidade pessoal).

A Constituição Federal, por sua vez, assegura expressamente a indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação do direito à imagem, à honra, à privacidade e à intimidade das pessoas, em seu artigo 5º, inc. X, assegurando ainda o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização moral ou material ou à imagem em seu artigo 5º, inc. V.

Sobre o direito e resposta, leciona brilhantemente o já mencionado professor Alexandre de Moraes:

“A consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra.

A abrangência desse direito fundamental é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais.

Nesse sentido, a lição de Rafael Bielsa, para quem existem fatos que, mesmo sem configurar crimes, acabam por afetar a reputação alheia, a honra ou o bom nome da pessoa, além de também vulnerarem a verdade, cuja divulgação é de interesse geral. O cometimento desses fatos pela imprensa deve possibilitar ao prejudicado instrumentos que permitam o restabelecimento da verdade, de sua reputação e de sua honra, por meio do exercício do chamado direito de réplica ou de resposta.

A Constituição Federal estabelece como requisito para o exercício do direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita), que a notícia que gerou a relação conflituosa.

Ressalte-se que o conteúdo do exercício de direito de resposta não poderá acobertar atividades ilícitas, ou seja, ser utilizado para que o ofendido passe a ser ofensor, proferindo, em vez de seu desagravo, manifestação caluniosa, difamante, injuriosa.

A Lei nº. 4898/65, que prevê o crime de abuso de autoridade, também cuida de prevenir e punir qualquer conduta atentatória da honra e imagem das pessoas quando prescreve, em seu artigo 4º, inciso “h”, que

constitui crime de abuso de autoridade “o ato lesivo da honra e do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”, cominando sanção penal, administrativa e civil para os ilícitos dessa natureza, conforme artigo 6º, parágrafo primeiro, letra “f”, que comina inclusive a pena de demissão do cargo a bem do serviço público se a gravidade do abuso for de grande potencial ofensivo.

Outrossim, a Lei No. 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação de pensamento e de informação, também traz em seu bojo mecanismos para coibir e punir abusos no exercício da profissão jornalística. Referida lei, traz, já em seu artigo 1º, “caput”, dispositivo assegurando a responsabilização por publicações levianas e irresponsáveis que causem prejuízo a alguém, conforme segue reproduzido:

“É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento, a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”.

Reserva ainda a lei de imprensa, um capítulo inteiro destinado a tipificar infrações e cominar-lhes as respectivas penas para aqueles que se utilizarem dos meios de comunicação para caluniar, injuriar, difamar alguém ou fazer publicação inverídica ou deturpada que cause prejuízo a outrem (capítulo III – artigos 12 a 28), prestando-se ainda o capítulo IV (artigos 29 a 36) a regulamentar o direito de resposta proporcional ao agravo previsto no artigo 5º, V, CF/88, o capítulo V (artigos 37 a 48) para disciplinar a responsabilidade penal e ainda o capítulo VI (artigos 49 a 57) para regular a responsabilidade civil dos infratores.

Ademais, prescreve a nossa Carta Política que não obstante a regra seja a da publicidade dos atos processuais, a lei poderá restringir tal publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX). O Código de Processo Civil no seu artigo 155, homenageando a Constituição Federal brasileira, dispôs que os atos processuais são públicos, porém, deverão correr em segredo de justiça os processos em que o exigir o interesse público. Ainda em respeito ao esculpido na norma constitucional mencionada, o Código de Processo Penal, em seu artigo 20, dispõe que a autoridade policial deverá assegurar ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Verifica-se então que o nosso ordenamento jurídico cuidou, exaustivamente, de prevenir e reprimir o abuso na divulgação de informações relativas a inquéritos ou processos submetidos a autoridades policiais, judiciais, bem como aos membros do Ministério Público, prescrevendo responsabilização penal, administrativa e criminal para punir tais excessos, o que torna a lei da mordaza, além de absurda, totalmente prescindível e desnecessária, eis que disciplina matéria já regulada em leis anteriores. De fato, é descabido e desarrazoado que se edite nova norma dispondo sobre matéria cuja norma já existe.

É inconcebível também que a lei da mordaza traga em seus preceitos secundários punições mais graves para crimes menos graves, em flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade. As penas variam de detenção de seis meses a dois anos, multa, e ainda a perda da função pública, o que não ocorre, por exemplo com o crime de difamação, cuja pena de detenção varia de três meses a um ano, e multa; bem como com o crime de injúria, cuja pena de detenção varia de um a seis meses ou multa. A mera

divulgação de informações acerca de investigações em curso, sem veiculação de ofensas, gera para o agente pena de detenção de seis meses a dois anos, multa e perda da função pública; entretanto, injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, fato que se afigura bem mais grave, gera para o infrator tão-somente pena de detenção de um a seis meses, ou simplesmente multa. Dessa forma, caminha mal o legislador, eis que pune severamente conduta de menor potencial ofensivo, enquanto pune brandamente conduta de maior potencial ofensivo.

Aquele que integra o Poder Público, seja do Executivo, Legislativo e Judiciário, tem a obrigação de prestar contas à sociedade acerca de seus atos, à luz do princípio do Estado Democrático de Direito, segundo o qual a República Federativa do Brasil está sob o domínio da lei, e tem seu poder emanado do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos do artigo 1o, parágrafo único, da Constituição Federal. Nenhum direito fundamental é absoluto, sendo flexibilizado em razão do interesse público, ou mesmo pelas próprias liberdades públicas a depender do caso concreto. Em relação ao direito fundamental à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada, entende-se que os exercentes de mandato eletivo fruem desses direitos de uma forma diversa e mitigada em relação às pessoas comuns, uma vez que em razão de sua própria atividade, estão sujeitos à fiscalização pública. A esse respeito, brilhantemente ensina Alexandre de Moraes:

“Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à

intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada.”

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: “os políticos estão sujeitos de forma especial a críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma, e em contrapartida dá-lhes a sistemática constitucional de imunidade para, por sua vez, criticarem e censurarem outrem” (Apelação Cível no. 235.627 –1 – Barretos –Rel. Marco César – CCIV 5 – v.u. – 20 out.1994).

Em que pese o direito do cidadão à informação, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, V, protege a liberdade na manifestação do pensamento, independente de censura, ao passo que a lei da mordaza impõe restrições que culminam na censura prévia. Ainda que se argumente que a vedação surgiu em decorrência do excesso de alguns, não se pode impor o silêncio a todos os membros de uma instituição ao argumento que alguns se excederam, mesmo porque, como já explicitado, o nosso ordenamento jurídico prevê diversos mecanismos para punir e coibir tais excessos.

Essa censura prevista na lei da mordaza remonta aos tempos em que o Brasil viveu aterrorizado com o totalitarismo da ditadura militar, significando um retrocesso à liberdade de expressão conquistada a duras penas

e com o sangue de muitos brasileiros. Como se vê, o nosso Poder Legislativo está retrocedendo nas conquistas tão dificilmente adquiridas ao longo dos tempos, reproduzindo os odiosos feitos das épocas ditatoriais, impedindo a publicação dos atos ilegais das elites, da cúpula do Poder, violando o princípio da vedação ao retrocesso no que pertine aos direitos fundamentais.

Em razão de não serem absolutos, os direitos fundamentais devem ser ponderados para que se chegue à melhor solução jurídica possível. Os direitos fundamentais limitam-se uns nos outros, conforme requeira o caso concreto, ou exija o interesse público. Acerca dessa ponderação, tem prevalecido a homenagem ao princípio da proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal permitiu que fosse retirado DNA da placenta de uma gestante, que não havia consentido o exame ao argumento de ofensa ao princípio constitucional da integridade física. Ao ponderar os princípios fundamentais da Constituição Federal, à luz do princípio da proporcionalidade, o STF privilegiou o princípio constitucional da honra da Polícia Federal, cujos integrantes haviam sido acusados de suposto estupro que teria resultado na gravidez, assegurando o interesse público de esclarecer o fato. (Rcl 2040 QO DF- Distrito Federal, Rel. Min Néri da Silveira, julgado em 21.02.2002). Utilizando esse mesmo raciocínio é que deve ser afastado o PL 65/99.

A lei da mordaza é antidemocrática na medida em que retira do cidadão seu direito constitucional à informação, impedindo que o povo fiscalize os atos públicos, tome conhecimento de fatos relevantes para a vida social e política do país, como lhe é de direito, e forme sua opinião, para privilegiar os interesses privados de uma elite incomodada com o brilhantismo da atuação do Ministério Público, que vem denunciando ímprobos e cuidando

com todo zelo da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, incomodada com a elucidação de práticas delituosas por parte de autoridades policiais, como também com o empenho dos magistrados em dar máxima efetividade à aplicação da lei e da justiça.

Acaso promulgado e publicado, o mencionado Projeto de Lei ocasionará grande perda ao Ministério Público, por ficar impedido de divulgar informações de interesse público e exercer da melhor forma possível sua função institucional. Perderá também a Magistratura, por ficar engessada como mera aplicadora da lei, sem poder exercer seu precioso papel de influir nas decisões políticas de nossa sociedade, e principalmente, perderão todos os brasileiros, pois não mais terão seu porta-voz, tampouco conhecimento de atos ilegais praticados por integrantes do Poder Público, perdendo sua prerrogativa de fiscalizar os atos daqueles que elegeram, o que resultará em impunidade e desrespeito à Constituição Federal, para beneficiar interesses particulares escusos, em detrimento dos interesses públicos. Assim, somente lucrarão com a malsinada lei da mordaza os infratores da lei, especialmente, se forem pessoas públicas.

Caso seja promulgada e publicada a lei da mordaza, com a provável interposição de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensa ao princípio constitucional da publicidade, à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

## 7.7 A internet como meio de publicidade dos atos processuais.

Dentro dos parâmetros dos fundamentos éticos do devido processo penal a internet possui um valor significativo e ainda pouco usufruído pela Justiça brasileira. A exceção de alguns Tribunais no Brasil que possuem o peticionamento on-line, tal veículo de comunicação com o balizamento de liberdades públicas pode servir como instrumento de solidificação e efetivação da Justiça, assim como do princípio da publicidade no direito processual penal.

## 7.8 A sala secreta e a publicidade.

No caso do julgamento por Tribunal do Júri, a votação na sala secreta foi preservada quando a Constituição Federal (art.5º, XXXVIII, b) previu o sigilo das votações. Segundo Hermínio Alberto Marques Porto, trata-se de hipótese de publicidade restrita justificável pela necessidade de preservar os jurados, que podem, com a presença do réu e de populares, sentirem-se intimidados, afetando-se a imparcialidade do julgamento. Mas a colheita da prova, os debates e a leitura da sentença são públicos.

A realização secreta da votação dos jurados, nos processos penais cujos julgamentos são da competência do Tribunal do Júri.

Como bem acentua Rogério Lauria Tucci, “em vez de publicidade restrita, tem-se, neles, autêntico segredo de justiça, que, embora verberado por renomados especialistas, resulta de outra preceituação constitucional”.

Cabe ponderar, por fim, que na ocorrência de unanimidade de votos o sigilo não prevalece, de modo que nenhum princípio é absoluto, a

exceção, para alguns doutrinadores, do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 7.9 A reabilitação e o princípio da publicidade dos atos processuais.

A reabilitação é a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo e atingindo outros efeitos da condenação.

É regida pelos artigos 93 a 95, do Código Penal e pelos artigos 793 e seguintes do Código de Processo Penal.

É um direito do condenado que preenche os requisitos legais, decorrente de sua reintegração social após o cumprimento da pena, representando, dessa forma, o princípio da publicidade do direito processual penal.

#### 8.0 Competência originária e o princípio da publicidade do processo penal.

Certos cargos públicos gozam de foros privilegiados, de modo que se visa resguardar a função e não a pessoa. No entanto, o princípio da publicidade do processo penal, nesses casos raramente tem aplicação, já que prevalece os sigilos dos processos ou procedimentos previstos nos regimentos internos respectivos.

O sigilo desses processos, que tem por escopo o resguardo da função, não se tratando de privilégio, no entanto, pode resultar na falta de

legitimação social desses agentes políticos, que deveriam obedecer a publicidade como regra, e não por exceção.

## 9. Conclusões:

1. A manifestação pública do processo é a forma mais veemente de exteriorização dos atos do Poder Judiciário. É pela publicidade dos atos do processo que a Justiça se legitima, pois torna-se transparente e suscetível de controle popular, o que é imprescindível numa democracia.

2. A publicidade garante ao indivíduo que está sendo processado a segurança de um procedimento correto, de acordo com a lei, bem como a tutela de sua liberdade e proteção de todos os seus direitos fundamentais; a publicidade garante, finalmente, um processo justo. A publicidade, ao lado da motivação, se constituem em garantias das garantias.

3. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, “o processo enquanto metodologia para o exercício do poder, constitui uma garantia política, e como tal, exige que toda atuação estatal - legislativa, administrativa ou judicial – seja precedida da discussão de alternativas, com a participação dos interessados, o que assegura não só a correção, mas também a aceitação social da solução a final encontrada”. Os fundamentos da publicidade, portanto, são dois, quais sejam, o político e o jurídico.

4. O processo penal deve se nortear pelo respeito à dignidade da pessoa a ele submetido. Deve ser instrumento de garantia da liberdade jurídica do indivíduo, preso ou não. Um justo processo só é possível mediante o respeito a valores como a honra, dignidade, privacidade e imagem, direito à presunção de inocência, direito a um julgamento feito por um juiz independente e imparcial, e direito à ressocialização.

5. É por intermédio do processo que se garante ao indivíduo a proteção mais eficaz de seus direitos fundamentais, já que o sistema acusatório, com a efetiva observância do devido processo legal, constitui o mais seguro antídoto contra o arbítrio estatal.

6. A exceção do princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum princípio é absoluto, nenhuma liberdade é ilimitada. Há que se fazer uma interpretação sistêmica, para um balizamento, uma harmonização dos princípios.

7. Embora os atos sejam públicos, o acusado se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que o excesso de publicidade pode conduzir a uma condenação antecipada, ainda que, posteriormente sobrevenha uma decisão absolutória.

8. Estabelece o art. 792, do Código de Processo Penal que as audiências, sessões e atos processuais são franqueados ao público. A Constituição Federal, por sua vez, dispõe que o legislador somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais se a defesa da intimidade das partes ou se o interesse social o exigirem (art. 5º, inc. LX). Regulamentando tal dispositivo constitucional, existe o art. 792, §1º, do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz, de ofício ou em razão de requerimento das partes, poderá determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas presentes, sempre que a publicidade puder resultar em escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem. Além disso, a lei pode limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do

interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n.º 45).

9. O juiz presidente do Tribunal do Júri, desde que motivadamente, em face do poder de polícia que lhe confere o art. 497, do Código de Processo Penal, a critério próprio ou a pedido das partes, pode restringir a publicidade dos atos processuais.

10. A regra geral para todos os atos processuais, no processo penal, principalmente em face da Emenda Constitucional de n.º 45, é a publicidade irrestrita dos atos processuais. O juiz, somente por exceção, e motivadamente, poderá restringir a publicidade.

11. O acusado tem o direito constitucional a um processo público que deve ser assegurado pelo poder estatal incumbido de processá-lo. Se o Poder Judiciário não lhe garantir esse direito fundamental, pela eventual inobservância ou violação da publicidade, a própria Constituição prevê o recurso jurídico da nulidade do ato, processo ou julgamento – art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade... A sanção de nulidade, portanto, decorrente da própria Constituição é instrumento jurídico de eficácia da publicidade, como norma de garantia instituída, tendo em vista não só o interesse das partes, mas também “o interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal “.

12. A obrigatoriedade da publicidade serve também para vincular os pronunciamentos judiciais à legalidade, princípio basilar do Estado Social

Democrático de Direito, pois a necessidade de apresentar à opinião pública um discurso racional e coerente impõe ao juiz a consideração, no julgamento, de valores aceitos e difundidos na comunidade.

13. É pelo exame das justificações apresentadas pelos juízes, exercida somente com a publicidade, que se torna possível controlar a racionalidade das decisões e saber se o direito é certo.

14. No plano processual, a publicidade revela seu valor fundamental, que é o de assegurar a efetividade da cognição judicial, ou seja, a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, impedindo assim que as decisões constituam vontade pessoal do juiz.

15. A publicidade processual, nas suas vertentes externa e interna, é tutelada pela exigência de motivação, na medida em que só a pertinente justificação sobre a efetiva ocorrência dos fatos concretos, previstos na Constituição, ou legislação ordinária, como motivos de sua restrição, podem legitimar qualquer limitação à transparência dos atos processuais.

16. É também pelo princípio da publicidade dos atos processuais que se torna possível constatar se a manifestação judicial foi prolatada com independência e imparcialidade, atributos essenciais da função de julgar.

17. O princípio da publicidade dos atos processuais se relaciona intimamente com a natureza contraditória do processo judicial, já que em todas as opções decisórias há que se constituir um objeto de uma discussão entre os interessados no provimento.

18. A preclusão processual, no direito processual penal, deve ser utilizada com critérios não tão rígidos, já que poderá afrontar o princípio da publicidade processual.

19. A motivação implícita, segundo Antonio Magalhães Gomes Filhos, “representa expediente que visa a superar omissões do discurso judicial, por meio da integração lógica de razões apresentadas para justificar outra escolha, no mesmo contexto histórico. Sua admissibilidade deve ser, entretanto, limitada às situações em que o critério dedutivo seja caracterizado pela necessidade em sentido lógico”. A motivação implícita deve ser utilizada com extrema cautela, justamente, também, porquanto pode ensejar violação ao princípio da motivação das decisões judiciais.

20. Nas prisões cautelares, o princípio da publicidade tem relevância extraordinária visto que é o controle do próprio Estado Social Democrático de Direito que está em jogo. A publicidade efetiva, nesse caso, muitas das garantias constitucionais e a sua ausência possui o condão de cessar tais medidas restritivas de liberdade.

21. A publicidade demonstra que o estabelecimento da verdade judicial não foi realizado de forma arbitrária, mas mediante um procedimento racional e controlável.

22. A publicidade dos atos processuais leva também à explicitação da admissibilidade, pertinência e relevância das provas no processo, assim como a técnica utilizada para a avaliação sobre a idoneidade de tais elementos de

prova obtidos. Só pela publicidade, por fim, é que se verifica se o juiz indicou de forma racional e objetiva, o procedimento intelectual seguido para chegar à conclusão sobre a verdade ou probabilidade factual discutida no processo.

23. O princípio da publicidade dos atos processuais é um instrumento de proteção do acusado, protegendo-o do arbítrio, e, destarte, tutelando direitos constitucionalmente garantidos.

24. O princípio da publicidade no processo penal como garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz, encontra exceção nos caso em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados (arts. 483, e 792, §1º, do Código de Processo Penal; também a Lei n.º 9.807/1999, a Lei Antitóxicos, Lei n.º 9.296/96; e art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “b”, da Constituição Federal). Esta é a chamada publicidade restrita, segundo a qual os atos são públicos só para as partes e seus procuradores, ou para um número reduzido de pessoas.

25. A regra é a publicidade popular, como se infere dos arts. 5º, inc. LX, e 93, IX, da Constituição Federal.

26. No caso do inquérito policial, embora seja um procedimento inquisitivo e sigiloso (art. 20, do Código de Processo Penal), o Estatuto dos Advogados (Lei n.º 8.906/94), estabelece como direito do advogado o de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de prisão em flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

27. Foi a Constituição Federal de 1988 que elevou à eminência constitucional a garantia da publicidade dos atos processuais. O tema, antes, era discutido apenas no Código de Processo Penal, no art. 792. Apesar de não estar antes na Carta Constitucional, a garantia já estava incorporada à cultura do processo brasileiro.

28. A inserção da garantia na Constituição teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos julgamentos militares, os quais, depois, passaram a ser feitos com maior publicidade, assegurando-se a participação das partes.

29. Deve-se evitar a publicidade desnecessária e sensacionalista, com as transmissões de julgamentos por rádio ou televisão, já que expõe demasiadamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causando constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas.

30. Os meios eletrônicos recentemente desenvolvidos, como, por exemplo, a Internet, são válidos no sentido de publicação dos atos processuais no processo penal e devem ser desenvolvidos no sentido de divulgação integral dos resultados do julgamento pelos juízes e Tribunais, pelo menos aos seus procuradores.

31. O princípio da publicidade deve ser interpretado juntamente com o princípio do *favor rei*, já que no processo penal há um tratamento diferenciado do réu, que tem a seu favor algumas compensações para contrabalançar alguns privilégios do Ministério Público. Ou para reproduzirmos a lúcida observação de Bettiol: “numa determinada óptica, o princípio do *favor rei* é o princípio

base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por ser um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento”.

32. A indevida publicidade de atos investigatórios deve ser reprimida com veemência, sem, contudo, impossibilitar a tomada de medidas a se resguardar o direito de defesa do investigado.

33. A informatização dos dados, no direito processual penal brasileiro, por parte dos Tribunais é uma democrática forma de acesso à justiça e de observância do princípio da publicidade. Tais dados devem ser disponibilizados à sociedade civil.

34. O Regimento Interno dos Tribunais não pode, por sua vez, restringir o que a lei não o faz, de modo que na esteira da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o princípio da publicidade deve ser a regra, de modo que qualquer restrição ao princípio em comento deve sempre ser motivado.

35. Na Constituição brasileira, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujas normas a integram, o princípio da publicidade é de direito fundamental e possui relevância processual, desempenha função de garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição posta em benefício das partes.

36. No caso do julgamento por Tribunal do Júri, a votação na sala secreta foi preservada quando a Constituição Federal (art.5º, XXXVIII, b) previu o sigilo

das votações. Segundo Hermínio Alberto Marques Porto, trata-se de hipótese de publicidade restrita justificável pela necessidade de preservar os jurados, que podem, com a presença do réu e de populares, sentirem-se intimidados, afetando-se a imparcialidade do julgamento. Mas a colheita da prova, os debates e a leitura da sentença são públicos.

## **Bibliografia utilizada:**

**Alexy, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.**

**Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. Processo Penal, Ação e Jurisdição. São Paulo, RT, 1975.**

**\_\_\_\_\_ . Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo, RT, 1973.**

**Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. Atual. Luigi Conti, 14<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè, 1997.**

**Aquino, José Carlos G. Xavier de. Nalini, José Renato. Manual de Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1997.**

**Ataliba, Geraldo. República e Constituição. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2002.**

**Azevedo, David Teixeira de. Atualidades no Direito e Processo Penal. São Paulo, Método, 2001.**

**Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre a Acusação e Sentença. São Paulo, RT, 2000.**

**Barbosa Moreira, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada – Temas de Direito Processual. Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984.**

\_\_\_\_\_. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito – Temas de Direito Processual. Segunda Série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.**

\_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro, 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.**

**Barroso, Luís Carlos. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo, Saraiva, 1998.**

**Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.**

**Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, Revan, 1990.**

**Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro B. Contessa. São Paulo, Martins Fontes, 1999.**

**Bettioli, Giuseppe *et al.* Istituzioni di Diritto e Procedura Penale. 5ª ed., Padova, Cedam, 1993.**

**Bobbio, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo, Ícone, 1995.**

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed., Brasília, UNB, 1999.**

**Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 1998.**

**Bruno, Aníbal. Direito Penal. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.**

**Bucci, Eugênio. Sobre Ética e Imprensa. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.**

**Calmon de Passos, J.J.. A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal. Revista Forense, São Paulo, ano 89, vol. 324, p. 61-67, out.-dez. 1993.**

**Câmara Leal, Antonio Luiz da. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942.**

**Cançado Trindade. Antônio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. A Incorporação das Normas Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. San José da Costa Rica/ Brasília, 1996.**

\_\_\_\_\_ . **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo, Saraiva, 1991.**

**Canotilho, J.J.Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1998.**

**Capez, Fernando. Curso de Processo Penal. 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 1998.**

**Cappelletti, Mauro. Acesso allá Giustizia come Programma di Riforma e come Método di pensiero. Rivista di Diritto Processuale, 1982.**

**Carnelutti, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo, Lejus, 1999.**

\_\_\_\_\_. **As Misérias do Processo Penal. Trad. Antonio Cardinalli, São Paulo, Conam, 1995.**

\_\_\_\_\_. **La pubblicità del processo penale. Rivista di Diritto Processuale. Padova, n.º 1, p. 3-11, 1955.**

\_\_\_\_\_. **Diritto alla vita privata. Scritti giuridici in memória Piero Calamandrei. Padova, Cedam, 1958, vol. I, p. 139-152.**

**Chiavario, Mario e Delmas-Marty, Mireille. Procedura Penali D'Europa, Padova, Editora Cedam, 1998.**

**Choukr, Fauzi Hassan. Processo Penal à Luz da Constituição. São Paulo, Edipro, 1999.**

\_\_\_\_\_. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. São Paulo, RT, 1995.**

**Cintra, Grinover & Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.**

**Cogan, José Damião Pinheiro Machado. O Sigilo no Inquérito Policial. *Justitia*, São Paulo, ano 47, vol. 132, p. 82-86, out.-dez. 1985.**

**Coelho, Fábio Ulhoa. Para Entender Kelsen. 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, 1997.**

**Conso, Giovanni, e Grevi, Vittorio. Compendio di procedura penale. Editora Cedam, Padova, 2000.**

**Cordero, Franco. Procedura Penale. 3ª ed., Milano, Editora Giuffrè, 1995.**

**Coulanges, Fustel de. A Cidade Antiga. 12ª ed., São Paulo, Hemus, 1996.**

**Dalia, Andrea Antonio, e Ferraioli, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. 3ª ed., Padova, Cedam, 2000.**

**Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 18ª ed., Saraiva, 1994.**

**Demercian, Pedro Henrique. Maluly, Jorge Assad. Curso de Processo Penal, São Paulo, Atlas, 1999.**

**Dias, Jorge Figueiredo *et al.* O Novo Código de Processo Penal. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.**

**Dinamarco, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª ed., vols I e II, São Paulo, Malheiros, 2001.**

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo. 2ª ed., São Paulo, RT, 1990.**

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed., vols. I a IV, São Paulo, Malheiros, 2003.**

**Diniz, Maria Helena. A Ciência Jurídica. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.**

\_\_\_\_\_. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito. 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.**

**Dotti, René Ariel. A Publicidade dos Julgamentos e a “sala secreta” do júri. RT, São Paulo, vol. 677, p. 333-337, p. 1992.**

\_\_\_\_\_. **A Proteção da Vida e Liberdade de Informação. São Paulo, RT, 1980.**

**Dworkin, Ronald. Los Derechos em Serio. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.**

**Engisch, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 7ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996.**

**Espínola Filho, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 6ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1965.**

**Faria, José Eduardo. Poder e Legitimidade. São Paulo, Perspectiva, 1978.**

\_\_\_\_\_. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: O Direito como Instrumento de Transformação Social. Tese. São Paulo, 1984.**

**Fernandes, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.**

**Ferrajoli, Luigi. Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale. 3ª ed., Roma, Laterza, 1996.**

\_\_\_\_\_. **Derechos Fundamentales. In Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil. Trad. Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999.**

\_\_\_\_\_. **El Derecho como Sistema de Garantías. In Derechos y Garantías: La Ley del Más Débil. Trad. Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999.**

**Ferraz, Tércio Sampaio Júnior. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, RT, 1976.**

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996.**

\_\_\_\_\_. **A Ciência do Direito. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1980.**

**Franco, Alberto Silva (Coord.). Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial. Vols. I e II, São Paulo, RT, 1999.**

**Garcia, Basileu. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1945.**

**Grau, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo, RT, 1988.**

**Greco Filho, Vicente. Manual de Processo Penal. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.**

\_\_\_\_\_. **Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo, Saraiva, 1989.**

**Grinover, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual. 2ª ed., São Paulo, Forense Universitária, 1990.**

\_\_\_\_\_. **Scarance Fernandes, Antonio.**

**Magalhães Gomes Filho, Antonio. As Nulidades no Processo Penal. 8ª ed., São Paulo, RT, 2004.**

\_\_\_\_\_. **Scarance Fernandes, Antonio.**

**Magalhães Gomes Filho, Antonio. Recursos no Processo Penal. 2ª ed., São Paulo, RT, 1999.**

\_\_\_\_\_. **Liberdades Públicas e Processo Penal. 2ª ed., São Paulo, RT, 1982.**

**Guerra Filho, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 1ª ed., Editora Celso Bastos, São Paulo, 1999.**

**Hart, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa, Calouste Gulbenkian.**

**Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo, Ícone, 1997.**

**Jardim, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.**

**Jesus, Damásio E. de Jesus. Código de Processo Penal Anotado. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.**

**Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1998.**

\_\_\_\_\_. **O que é justiça ? São Paulo, Martins Fontes, 1997.**

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo, Martins Fontes, 1995.**

\_\_\_\_\_. **O Problema da Justiça. São Paulo, Martins Fontes, 1996.**

**Lima, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 31ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996.**

**Luhmann, Nicklas. Legimitação pelo Procedimento. Trad. Maria da Conceição. Corte-Real, UNB, 1980.**

**Magalhães Gomes Filho, Antonio. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo, RT, 2001.**

**Manzini, Vincenzo. Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano. 4ª ed., Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. I, II e III, 1952.**

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale. 10ª ed., Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.**

**Marques, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vols. I, II e IV, Rio de Janeiro, Forense, 1969.**

\_\_\_\_\_. **O Processo Penal na Atualidade. *Apud* Hermínio Alberto Marques Porto *et al.* Processo e Constituição Federal. São Paulo, Edit. Acadêmica, 1993.**

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Processual Penal. Vols. I e II, Saraiva, 1980.**

**Marques da Silva, Marco Antonio. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. 1ª ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.**

\_\_\_\_\_(Coord.). **Tratado Temático de Processo Penal. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.**

\_\_\_\_\_. **A Vinculação do Juiz no Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1993.**

\_\_\_\_\_. **Juizados Especiais Criminais. São Paulo, Saraiva, 1997.**

**Martins, Paula Bajer Fernandes. Publicidade na Investigação Criminal. Boletim IBCCrim, São Paulo, n.º 84, p. 13, nov. 1999.**

**Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.**

**Mello, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.**

**Mello Filho, José Celso de. Constituição Federal Anotada. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986.**

**Mendes, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.**

**Mirabete, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997.**

\_\_\_\_\_. **Processo Penal. 17ª ed, São Paulo, Atlas, 2005.**

**Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.**

**Montoro. André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 23ª ed., São Paulo, RT, 1995.**

**Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.**

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.**

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo, Atlas, 1999.**

**Nery Junior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª ed., São Paulo, RT, 1996.**

**Neves, Celso. Coisa Julgada Civil. São Paulo, RT, 1971.**

**Nogueira, Carlos Frederico. Comentários ao Código de Processo Penal. 1ª ed., vol. I, Edipro, São Paulo, 2002.**

**Nojiri, Sérgio. O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais. 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.**

**Noronha. Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1966.**

**Nucci, Guilherme de Souza. Júri, Princípios Constitucionais. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.**

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado. 3ª ed., São Paulo, RT, 2004.**

**Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2004.**

**Palomba, Frederico. Il Sistema del Nuovo Processo Penale Minorile. Milano, Giuffrè, 1991.**

**Pierangeli, José Henrique. Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas. 2ª ed, São Paulo, IOB Thomson, 2004.**

**Pereira, Flávia Rahal Bresser. A Publicidade no Processo Penal Brasileiro: Confronto com a Intimidade. 2000. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.**

**Pereira, Guilherme Doring Cunha. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação: Exame de Algumas Questões. 1999. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.**

**Perelman, Chaïm. Logica Giuridica e Nuova Retorica. Trad. Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, 1979.**

\_\_\_\_\_. **Juízos de Valor, Justificação e Argumentação. In Retóricas. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 1999.**

**Pimenta, José da Costa. Introdução ao Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1989.**

**Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, Max Limonad, 1996.**

**Pitombo, Cleunice A. Valentim Bastos. Considerações sobre a Tutela da Intimidade e Vida Privada no Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, n.º 26, p. 59-79, abri.-jun. 1999.**

\_\_\_\_\_. **Badaró, Gustavo Righi Ivahy. Zilli, Marcos Alexandre Coelho. Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. Publicidade, Ampla Defesa e Contraditório no Novo Interrogatório Judicial. Boletim IBCCrim, São Paulo, n.º 135, p. 2-3, fev. 2004.**

**Porto, Hermínio Alberto Marques. Júri. Procedimentos e Aspectos do Julgamento. Questionários. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.**

\_\_\_\_\_. **(Org.). Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo, Acadêmica, 1993.**

**Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.**

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito e do Estado. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.**

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito. São Paulo, Saraiva, 2000.**

**Reale Junior, Miguel. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I, Rio de Janeiro, 2002.**

**Romeiro, Jorge Alberto. Elementos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1978.**

**Scarance Fernandes, Antonio. Processo Penal Constitucional. 3ª ed., São Paulo, RT, 2003.**

**Severino, Antonio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 19ª ed., São Paulo, Cortez, 1993.**

**Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.**

**Silva, Germano Marques da. Curso de Processo Penal. 4ª ed., vols. 1 e 2, Lisboa, Verbo, 2000.**

**Suannes, Aduino. Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. 2ª ed., São Paulo, RT, 2004.**

**Taruffo, Michele. Il Controllo di Razionalità fra Logica, Retorica e Dialettica. In Basciu (org.) Diritto Penale, Controllo di Razionalità e Garanzie del Cittadino. Padova, Cedam, 1998.**

**Telles Júnior, Goffredo da Silva. Iniciação ao Estudo do Direito. São Paulo, Saraiva, 2001.**

**Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.**

**Tornaghi, Hélio. Curso de Processo Penal. 10ª ed., vols. I e II, São Paulo, Saraiva, 1997.**

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Penal, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1956.**

**Toron, Alberto Zacarias; Ribeiro, Maurides de Melo. Quem tem Medo da Publicidade no Inquérito ? Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 7, n.º 84, p. 13-14, 1999.**

**Tourinho Filho. Processo Penal. 20ª ed., vols. I a IV, São Paulo, Saraiva, 1998.**

**Tucci, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo, RT, 2003.**

\_\_\_\_\_. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 2ª ed., São Paulo, RT, 2004.**

**Vieira, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. 1ª ed., São Paulo, RT, 2003.**

**Vilanova, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.**

**Watanabe, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed., São Paulo, Bookseller, 2000.**

**Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Enrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 5ª ed, São Paulo, RT, 2004.**

\_\_\_\_\_ . **Em Busca das Penas Perdidas. Rio de Janeiro, Revan, 1996.**

**Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid, Trotta, 1993.**