

# TRANSIÇÃO OU CRONOFERÊNCIA? UMA APLICAÇÃO DAS CATEGORIAS HISTORIOGRÁFICAS À ANÁLISE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO (1941-2021)

RECEBIDO EM:	5.11.2024
APROVADO EM:	13.11.2024

Rui Cunha Martins

 <https://orcid.org/0000-0002-1343-2086>

Universidade de Coimbra

Coimbra, Portugal

E-mail: [rcmartin@ci.uc.pt](mailto:rcmartin@ci.uc.pt)

**Para citar este artigo:** MARTINS, R. C. *Transição ou cronofерência? Uma aplicação das categorias historiográficas à análise do sistema jurídico brasileiro contemporâneo (1941-2021)*. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, SP, v. 18, n. 3, e17526, 2024. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v18n317526>



- **RESUMO:** O presente artigo apresenta uma estrutura quadripartida: 1. definição da problemática (o aparente “descompasso histórico” motivado pela vigência simultânea, no Brasil, de lógicas jurídicas matricialmente autoritárias e matricialmente democráticas – ora reportadas a 1941 ora a 1988 – no relativo à seara processual penal e sua descodificação enquanto expressão da “contemporaneidade do não contemporâneo”); 2. a análise funcional em torno de dois operadores historiográficos (transição e cronofêrência) susceptíveis de conformar uma analítica do problema nos termos de uma sobreposição de temporalidades; 3. desbaste do material empírico reportado à problemática em apreço (material esse correspondente ao debate reformista dos anos de 2008-2009); 4. elenco dos pontos conclusivos tanto em matéria de historicidade quanto de juridicidade.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Transição; cronofêrência; contemporaneidade do não contemporâneo; categorias historiográficas; processo penal brasileiro.

## TRANSITION OR CHRONOFERENCE? AN APPLICATION OF HISTORIOGRAPHICAL CATEGORIES TO THE ANALYSIS OF THE CONTEMPORARY BRAZILIAN LEGAL SYSTEM (1941-2021)

- **ABSTRACT:** The present article is structured in four parts: 1. defining the problem (the apparent “historical mismatch” prompted by the simultaneous coexistence in Brazil of legal frameworks that are fundamentally authoritarian and fundamentally democratic – dating either to 1941 or to 1988 – concerning criminal procedural law and its decodification as an expression of “the contemporaneity of the non-contemporary”); 2. a functional analysis centered on two historiographic operators (transition and chronoferecence), which are capable of forming an analytic framework of the problem in terms of overlapping temporalities; 3. an examination of empirical material related to the issue at hand (specifically, the reformist debate of 2008-2009); 4. a list of concluding points regarding both historicity and legality.
- **KEYWORDS:** Transition; chronoferecence; contemporaneity of the non-contemporary; historiographic categories; Brazilian criminal procedure.



## 1. Problemática

É cerca de 2008 que, no Brasil, o campo jurídico, e em concreto a área processual penal, ensaia matar finalmente, ou, pelo menos, amputar, o ano de...1941. Expliquemo-nos. A década de 40 do século passado assistiu à aprovação e instalação no Brasil de um Código de Processo Penal que ecoa em tudo o espírito ditatorial e repressivo que emana da Constituição Brasileira de 1937 e que decalcará por isso, sem surpresa, o Código Rocco, projetado na década de 1930 para a Itália mussoliniana e utilizado pelo fascismo italiano como arma legal de endurecimento político. Sem surpresa, afirmei, atendendo ao referido “cenário dogmático” (Gloekner, 2018, p. 333). Já, porém, é fator de profunda estranheza que semelhante documento tenha logrado, depois de sustentar a matriz autoritária dos anos de chumbo da política brasileira, prosseguir vigente após o regresso da democracia e, designadamente, da aprovação de uma Constituição formal e conteudisticamente democrática em 1988. Porque o fato é que, mesmo depois da aprovação desta última e apesar dela, o Código de Processo Penal brasileiro segue sendo, hoje mesmo, *mutatis mutandis*, o de 1941. Conforme se dirá com propriedade, “[...] não temos como explicar por que uma legislação de índole fascista, que se mostrou servil em períodos autoritários da nossa História, continuou em vigor após a redemocratização, sem causar mal-estar em pessoas compromissadas com o Estado de Direito” (Marques, 2021). Eis o que justifica a propensão automutilatória de 2008. Amputar o campo processual penal da sua matriz ditatorial passa a ser desígnio de um espírito reformista norteador pela ideia de adequação constitucional do chamado *devido processo*.

Do ponto de vista da sua historicidade, a situação é fascinante: a coexistência, desde 1988, de uma Lei Maior matricialmente democrática e de um Código de Processo Penal [doravante CPP] matricialmente autoritário patenteia sem margem para dúvidas a coabitação de distintos tempos históricos, convidando por conseguinte a uma leitura dessa conjuntura em linguajar historiográfico. Nesses termos: recusando-se a ser o *futuro daquele passado* – um passado ditatorial referenciado em 1941 e tragicamente atualizado – e empurrando até aos limites do possível o projeto de uma “Reforma do Código de Processo Penal”, o espírito reformista dessa primeira década do presente século reivindicava, na verdade, uma nova relação da processualidade penal com o tempo histórico, ensejando constituir-se em *futuro de um outro passado* – um passado pós-ditatorial referenciado em 1988 e tragicamente adiado –, assim retirando as devidas consequências da existência no País de uma Constituição de bandeira democrática. Equivale isso



a dizer: em 2008, luta-se por 1988. Sobra um “detalhe”: o que fazer de 1941. A solução não era óbvia. Tanto que o ano de 2008 surge como um momento de pretensão refundacional, mas, em simultâneo, como um momento de incorrigível continuidade. Porque 2008 não logrou matar 1941.

Do que se tratou nessa conjuntura “reformista”, foi, afinal, de um momento marcado por elevados níveis de enfrentamento e convivialidade entre tempos históricos e matrizes referenciais distintos atuando porém sobre o mesmo ambiente normativo. Elevados níveis de *historicidade*, por conseguinte: coexistência de tempos diversos; obrigatoria convivência dos opostos; impossibilidade de eliminação do existente; promiscuidade de conceitos, tradições e linhas analíticas; tangência principiológica; e assim por diante. Multitemporalidade, intersistemicidade, pluridirecionalidade. É bem de um ambiente temporal vincadamente complexo que se trata. Rupturas desajeitadas, adiadas em favor de consensos de ocasião e de ambíguos esforços demarcatórios. Fissuras abertas por onde entra em permanência um *passado que não passa*. Ou, para o dizer com precisão koselleckiana, por onde se insinua a “contemporaneidade do não contemporâneo” (Koselleck, 2002).

A maior expressão dessa será então um código de processo penal de matriz histórico-jurídica fascista que sobrevive, com feridas, é certo, à instalação de um regime democrático-constitucional que seria suposto ditar a sua falência principiológica e dogmática, para persistir, tão depressa agonizante quanto vivificado, por entre as tentativas da sua eliminação compulsiva ou as reivindicações da sua desinstalação parcial. É matéria histórica de relevo. Para os que insistem em afirmar que as leituras da atualidade em termos de temporalidades multimodas é um abuso analítico sem correspondência empírica que o sustente, o caso brasileiro aqui explanado não poderia ser mais contundente. É como se de uma experiência laboratorial de historiografia aplicada se tratasse: o tempo da constituição e o tempo do processo, idealmente compagináveis de um ponto de vista formal (afinal, o segundo deve adequação ao horizonte democonstitucional imposto pelo primeiro), são aqui paradoxalmente incompatíveis; malgrado essa incompatibilidade, convivem no âmbito de uma mesma província de significado; o campo jurídico é, pois, palco de uma efetiva e inegável sobreposição de temporalidades, em que o simultâneo dita uma coabitação tensa dos opostos. Do ponto de vista jurídico-político, este nó cego histórico diz-se assim: o tempo democrático é permeável ao tempo ditatorial - não se lhe opõe; absorve-o. De um ponto de vista da respectiva historicidade, é possível uma ilação ainda mais crua: o CPP tornou-se um “cadáver adiado”.

## 2. Categorias temporais

A questão que agora se coloca é a de saber se, perante uma conjuntura de perfil mais complexo do que linearmente recortado como a acima descrita, vale a pena insistir numa estética temporal linear em ordem à respectiva explicitação. Uma rotina explicativa que por norma se traduz numa atribuição de responsabilidades a um *momento transicional* que apareceria, afinal, como incompetente e falho para responder favoravelmente a expectativas de democratização e enterro do ontem no âmbito da processualidade penal e, donde, por tabela, do Estado de Direito. Duas perguntas se levantam neste ponto. Uma: estaremos seguros de que a vocação da categoria temporal *transição* é de fato a de assegurar uma pré-limpeza do terreno tão depurada quanto possível e tão próxima quanto possível das expectativas criadas em relação aos potenciais efeitos corretivos e redentores do momento da *passagem*? E já esta outra: não será preferível indagar junto do painel de *categorias temporais* do campo historiográfico sobre a existência de outras modalidades mais disponíveis para lidar com situações de inter-, pluri- e trans- temporalidade como o é, manifestamente, o ambiente jurídico em apreço? Importa que nos detenhamos um pouco nessas questões. Melhor apetrechados estaremos depois para trabalhar nosso material empírico.

### 2.1 Transicionalidade

É conhecida a menor apetência do modelo moderno de tempo em dar conta de fenômenos de *permanência*, ou, numa declinação mais técnica, da *presença* dos fenômenos para lá da sua vigência histórica formal. Com efeito, uma perspectiva linear e sucessiva do alinhamento dos fenômenos no tempo tende a valorizar preferencialmente a radicalidade da *passagem*, bem como um “novo” entendido mais como verticalidade e menos disponível para se pensar enquanto lateralidade. Uma inclinação que compromete de imediato a complexidade da própria ideia de *transição*, assim reduzida ao estatuto de mecanismo processador de uma espécie de digestão temporal: digerir o passado para deixar entrar no organismo a vontade do futuro. Quando a verdade é que a *transição* (o caráter transitório) é dimensão temporal com substância própria, não depende de um futuro que a justifique, está aí pelo que vale. E, ao que tudo indica, o atual modo da mudança parece estar a mudar o tipo de *transição* requerido pela contemporaneidade.



A questão que aqui se joga é, portanto, a de recuperar o manancial de funcionalidades do conceito, recordando, designadamente, a respectiva composição dual: um ideal de mudança cortante e cirúrgico, por um lado; e uma predisposição para administrar a dose de ambiguidade inerente a qualquer momento transicional, por outro. Nem sempre o conceito assegura uma articulação harmónica entre ambos. O certo é que parecem conviver, hoje, no corpo do conceito, a tradicional mobilização da transitologia como “passagem” a par de uma instalação preferencial do conceito nas valências da negociação, do simultâneo e, donde, da “ambiguidade”. Ensaïemos a radiografia possível.

Por vocação, ou por condenação genética, a *transição* é um operador da mudança pouco disponível para com o tempo persistente. Recorde-se como, no quadro da modernidade, a ideia de *transição*, tal como a partir do período revolucionário se estrutura, trabalha basicamente sobre as noções de *futuro* (expectativa) e de *aceleração* (progresso) (Koselleck, 2002, p. 175-179). Omite, portanto, do seu desenho conceitual, a dimensão da *permanência*, sendo pelo menos possível dizer que esta não merece aí estima idêntica à das categorias precedentes. É meu entendimento que esta ausência fundante explica em boa medida as dificuldades sentidas nos tempos recentes, e em particular durante o século XX, pelas gramáticas da mudança política, na altura de lidar com as expressões da permanência sempre residentes em qualquer ambiência transicional: é o caso da persistência da ditadura, ou, dizendo melhor, de *elementos provenientes do património ditatorial*, em ambientes formalmente democráticos, sejam características nunca extirpadas do período ditatorial e que, por conseguinte, *se prolongam*, sejam *versões reconfiguradas* ou atualizadas de matrizes ditatoriais antes vigentes sob outras formas, sejam, ainda, *requisições* de elementos pertencentes ao património ditatorial por parte do próprio património democrático (Martins, 2014).

O modo de mudança desse tipo de lógica transicional transporta, pois, uma dificuldade matricial em lidar com essa forma de *descontinuidade* que é a presença, naquilo que devém, daquilo que permanece, daquilo que regressa, daquilo que se repete. Por isso tende a desembocar mais na *negação* - outro operador rígido da mudança - e na *contrariedade* do que verdadeiramente na diferença. Ficar pela negação e radicalizá-la pode condenar a mudança a nem sequer *arrancar* relativamente à oposição matricial que lhe ditou o movimento e que, enquanto seu oposto, a envolve num enlace duradouro. Enquanto esse lado negado se lhe oferecer como seu “negativo”, como que situado na margem defronte, a transição continuará a partilhar com isso que originariamente a nega o mesmo universo referencial. A oposição acontece aqui dentro da mesma *província de*



*significado*, arriscando estabilizar em relação de dependência recíproca. Sem surpresa, o rio que separa é o que une, pelo que, enquanto não houver possibilidade de desviar o azimute analítico para um outro ponto - um ponto estranho à oposição em causa (Badiou, 2005; Lefort, 1981) - dificilmente a transição passará de um gesto de negação. A possibilidade de fundar uma diferença assinalável e marcante é assim limitada. É essa a tragédia de todos os chamados *regimes de transição*. Como definir o momento em que a *contrariedade* coincide com uma autêntica *mudança*? É até possível que não faça parte das competências da categoria “transição” assegurar mais do que uma gestão tensa desta mesma trama. Nesse sentido, alguma reputação de “falsa passagem” que lhe anda associada tem tanto de compreensível quanto de incorreto, pois o desempenho do operador *transição* deve entender-se como decorrendo da própria funcionalidade que é a sua, e não como *falha*, como se de defeito de fabrico do mecanismo se tratasse. É que essa falha é propriamente a transição. Corresponde àquilo que a transição faz e que constitui sua utilidade específica.

Do mesmo modo, deverá entender-se a dimensão de *ambiguidade* residente no corpo concetual da transição. A verdade é que a transição é ambiguidade pura. Ainda que persista associada à noção de transição a imagem de bloqueador temporal, o certo é que ela é muito mais um mecanismo que redistribui as propostas e contrariedades em presença, podendo esperar-se dela, quando muito, determinada filtragem dos acontecimentos. Até porque todo o elemento participante dessa espessura temporal que é a transição carrega consigo sua própria densidade processual, a qual lhe advém da própria historicidade. A transição, em rigor, é uma confluência de percursos portadores de ritmos históricos diversos. A complexidade adveniente é, pois, inevitável. Disso se sentirá o próprio mecanismo transicional. É que há, como seria de adivinhar, um preço a pagar, qual seja uma certa propensão para instruir zonas de circularidade compreensiva, quer dizer, uma circularidade de referências de inspiração diversa e a desarrumação dos conceitos e das fórmulas - numa palavra, para perturbar um relacionamento do “novo” e do “antigo” em termos de mera sucessividade ou substituição - abrindo campo aos mais variados processos de contiguidade, sobreposição e coabitação. Mas essas estão longe de ser incumbências menores: cabe-lhe, por exemplo, decidir, nem mais nem menos, “[...] como é que a revolução se transforma em constituição, porque isso significa o próprio suicídio da revolução” (Moreira, 2000, p. 184). Dir-se-á, com alguma dose de simplificação, que nesse caso a transição não lima devidamente a mudança e que, nessa medida, ela nem sequer produz uma verdadeira mudança. É discutível.



Mas o logro, ou, se quisermos, a falha, está na expectativa criada em torno da sua capacidade para levar a cabo funções que ela não comporta, como a de instaurar uma diferença substancial capaz de operar uma mudança não limitada à procedimentalidade. Insista-se, pois, que a questão da transição não é a de falhar a verdadeira mudança, é antes a de, ao propor-se tão só viabilizá-la, nem sequer estar verdadeiramente ocupada com isso. A transição, ao ocorrer, indica que algo tem de ser feito; mas deixa tudo por fazer.

## 2.2 Cronoferência

Postas as coisas nesses termos, bem se compreende alguma disponibilidade do campo historiográfico para reinventar o quadro das experiências de temporalidade disponíveis. Trata-se da promoção de gramáticas do tempo comprometidas com o diverso e com o seu correspondente potencial de interconetividade. “Novos conceitos que nos habilitem a trabalhar a hibridez: o misturado, o impuro, o descontínuo, o contaminado, o monstruoso, [possivelmente] o caótico” (Latour, 2018 apud Simon, 2019, p. 75). Com certeza, sim. Responder a desafios emergentes com um arsenal analítico antigo arrisca-se a bloquear a percepção do que está em causa. Um tempo complexo solicita noções dotadas de complexidade. Com uma advertência, ainda assim, sobre o que deve entender-se por essa convocatória de historicidades cruzadas e sobrepostas: se a analítica histórica tradicional e o seu implícito vínculo à lógica transicional se afiguram hoje escassas, isso obriga a reconhecer, então, que também o híbrido não é tanto o que sucede ao monolítico (no que se estaria em fim de contas a reproduzir o modelo explicativo linear e a ideia de mera sucessividade) quanto a *articulação* de um denso painel de experiências de temporalidade que integra também e ainda a incómoda, mas perdurável, vigência do monolítico. Reconhecer esse aspecto é reconhecer que está em causa, no denso cruzamento de todas as processualidades, uma instabilização do *modo de mudar*. O contemporâneo muda menos por eliminação e superação do existente do que por agregação e simultaneidade das existências (Martins, 2014). Os conceitos que nos podem interessar são os que percebem essa dimensão do problema.

A noção de *cronoferência* é um bom exemplo. Achim Landwehr, a quem se deve o conceito, define *chronofrenz* como a capacidade, desenvolvida à escala de cada cultura específica, de produzir diferentes *redes de temporalidades* a partir da mediação entre



o presente e os vários não presentes à sua disposição e com os quais ele se relaciona e atualiza. Trata-se de trabalhar o imponderável: os diferentes motivos pelos quais esta cronofерência, esta relação de determinado tempo presente com determinados tempos ausentes, é ativada em dado contexto sociocultural, e não em outro; e por que motivo isso acontece de determinado modo numa dada situação e não em outra; e as *diferentes formas de mudança* implicadas nessas diferenças (Landwehr 2018). Num espírito similar, Zoltan Simon e Marek Tamm avançam com a noção de *historical futures*, quer dizer, segundo os próprios, a pluralidade de relações estabelecidas entre determinados modos de apreensão do passado e determinados “futuros antecipados”. Também aqui há a consciência de que

[...] os novos futuros podem não substituir os antigos mas vir a coexistir com eles no âmbito de complexas constelações que ainda estão por explorar; mais importante, os novos futuros emergem juntamente com os seus também *novos modos de transitar do passado para o futuro* (Simon; Tamm, 2021, p. 3-4).

Num caso como no outro – e o mesmo se dirá das várias revisitações do conceito koselleckiano de *estruturas de tempo* (Koselleck, 2021) –, reconhece-se o elevado grau de imponderabilidade de uma rede de tempos destituída de centro referencial ou paramétrico. Não para esquivar essa dimensão, e sim para acolhê-la como matéria constitutiva da experiência da temporalidade. Landwehr não poderia ser mais eloquente a esse respeito:

O tempo demonstra ser um fenómeno turbulento porque nunca se pode dizer exatamente quais das suas camadas se põem em contacto umas com as outras – e de que modo e com que consequências isso acontece. Estes contactos não são, obviamente, arbitrários ou caóticos, resultando antes de específicas situações histórico-culturais. Mas ao mesmo tempo nunca são completamente controláveis e previsíveis (Landwehr, 2018, p. 267-268).

Não são, de fato. São contingentes. E são, como tal, consubstancialmente políticos. Só na consciência de que assim é, será pertinente um olhar sobre a conjuntura reformista de finais da primeira década do século XXI. Será esse o passo seguinte deste estudo.



### 3. Material empírico (o ambiente reformista do campo processual penal brasileiro em 2008-2009)

Tomarei por elucidativo o debate em torno da reforma processual penal brasileira de inícios do presente século. Centrar-me-ei em três momentos: as reformas pontuais introduzidas, em 2008, no arcaico Código de Processo Penal da década de 40 do século XX (Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941); a elaboração e apresentação, em 2009, de um Anteprojecto de Reforma do Código de Processo Penal<sup>1</sup>; e as consequentes discussões, avaliações e alterações a esse anteprojecto, acolhidas nesse mesmo ano no quadro do Senado brasileiro, tal como condensadas no Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o projecto de reforma do CPP<sup>2</sup>.

Interessa-me fundamentalmente o problema do que chamarei a *historicidade da decisão* judicial. Elejo, assim, para posto de observação privilegiado, a discussão e as desinteligências relacionadas com o tempo do juiz e o momento da decisão judicial no âmbito do processo penal, com especial atenção ao problema suscitado pela vocação expansiva dos agentes objecto do convencimento. O fato é que um incontínente activismo judicial nessa matéria é susceptível de produzir uma “colonização” do processo pelo agente decisório, no âmbito da qual o juiz percorre um processo que ele mesmo, nessa sua dinâmica, coloniza e contamina. Numa altura em que tanto se fala do “tempo do processo”, não será despiciendo lembrar que o tempo processual, enquanto problema, começa por ser o do momento de entrada em cena do destinatário dos investimentos probatórios e que, a este nível, qualquer antecipação voluntarista rompe o equilíbrio (consideração válida, inclusive, mesmo para aqueles casos em que essas translocalizações do julgador até podem redundar numa sempre aclamada celeridade). As resistências que se levantam às tentativas de uma definição sistémica do seu lugar, da sua extensão e do seu momento orgânico dizem isso mesmo. A insistência em atrelar o mecanismo da convicção à ideia de “verdade”, também. A questão só aparentemente é técnica (veja-se em 3.1.). Convirá depois aferir as dimensões políticas (em 3.2.) e corporativas (em 3.3.) do assunto. Não esquecendo o seguinte: que, para o propósito que

- 1 Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojecto de Código Penal, no Senado Federal, Brasília, 2009.
- 2 Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (incorporado, na forma do Substitutivo, ao Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o novo CPP).



é o nosso, todas elas devem ser lidas enquanto expressão de um ambiente de *tempos sobrepostos* e em tenso e permeável nível relacional, isto é, um ambiente de *historicidades dinâmicas*.

### 3.1 Historicidade *técnica* da decisão judicial

Em relação à dinâmica reformista de 2008, vejamos-se, em particular, as alterações trazidas à disciplina da *prova* pela Lei nº 11.690, de 9-6-2008. Assim, se o CPP de 1941, de respaldo autoritário, estipulava, no art. 157, que “[...] o juiz formará a sua *convicção* pela *livre apreciação da prova*”, já a citada Lei nº 11.690, de 9-6-2008, art. 155, vem afirmar que

[...] o juiz formará sua *convicção* pela *livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Lei nº 11690, de 9-6-2008, art. 155).

Aspectos polêmicos à parte (já lá iremos), estiveram genericamente de acordo os analistas sobre os aspectos salientes do então novo quadro legal:

[...] a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; e, ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas (Gomes Filho 2009, p. 247).

Interessam-me os dois primeiros. Para a perspectiva em que me coloco, há duas ilações a tirar.

A primeira é a de que a *convicção* não é, por assim dizer, “autônoma”. Funciona em estreita dependência da *prova*, a qual, por sua vez, se faz depender do *contraditório*. A inserção do convencimento num arco de significância mais lato do que a própria órbita resulta patente. A segunda ilação (propositadamente formulada em irônica contradição com a primeira) é esta: o convencimento não é autônomo, mas, afinal, pode ser. O enunciado é desconcertante, bem o sei, mas é por certo o que melhor traduz a existência de brechas abertas no espírito da asserção anterior. Uma e outra dessas ilações, importa agora explicitá-las.

Ao nível da primeira, o relevo deve ser posto no posicionamento nevrálgico previsto para o contraditório, “[...] a verdadeira *pedra angular* da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008” (Gomes Filho, 2009, p. 249). É assim, pelo menos, de um ponto de vista ideal. E, de resto, não se imagina como poderia ser de outro modo em ordem às pretensões de inscrição da citada lei no horizonte democrático-constitucional. É, com efeito, pela vinculação da prova ao mecanismo do contraditório que a decisão penal ganha os seus foros de legitimidade, na medida exacta em que essa vinculação pressupõe o afastamento do fantasma inquisitorial – afastamento esse, entretanto, só devidamente concretizado se não for esquecido que, em sede de processo penal, a essência profunda não está, em bom rigor, no contraditório, antes “[...] reside na presunção de inocência, com todos os seus consectários legais” (Giacomolli 2008, p. 21). Feita essa subtil ressalva,

[o contraditório] é verdadeira condição de validade da prova. Tal aspecto do contraditório guarda íntima relação com o princípio da imediação: podem ser valoradas pelo juiz na sentença só as provas que tiverem sido produzidas na sua presença e com a participação activa das partes processuais. À minguia de qualquer uma dessas duas condições, o *elemento de convicção é inidóneo* para servir ao convencimento do juiz, mesmo à luz do princípio do livre convencimento motivado. Essa impossibilidade de valoração é de natureza absoluta, pois a *ausência de contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção*. Não se trata tão só de uma prova ilegítima, isto é, uma prova obtida com a inobservância de norma procedimental, mas de uma verdadeira *não-prova*, na feliz expressão de António Magalhães Gomes Filho (Malan 2009, p. 99).

A essa luz se deve entender a distinção que a citada lei de 2008 consagra, ou, pelo menos, sugere consagrar, entre o que é *prova* e aquilo que constitui *elemento informativo* da investigação, por aquela se entendendo precisamente o resultado do contraditório (condição *sine qua non* da prova) e por esta o resultado da investigação. Uma distinção que, em termos ideais, abre a possibilidade de cercar em definitivo a convicção, premunindo-a contra a sua potencial deriva, ao “encostar” o convencimento à substância emergente do contraditório. Em termos ideais, disse. Compreender-se-á, porém, que, à luz desse mesmo raciocínio, possa dizer-se, então, por antinomia, o seguinte: que a menor brecha nesse cerco, a menor excepção a essa lógica de controlo, diminui a possibilidade de cercar o convencimento e de o preservar o mais possível da carga alucinatória que constitutivamente ele comporta e que tem por expressões máximas a promoção de

pré-compreensões e de pressupostas lógicas de normalidade à condição de grelhas de inquérito, ou a autossatisfação, geralmente demasiado rápida, perante indicadores de mera probabilidade, porém aceites como suporte de decisão.

O que nos permite desde já antever as razões da minha segunda ilação (recorde-se: “o convencimento não é autónomo mas, afinal, pode ser”). Situemos, para esse efeito, a problemática ao nível do chamado *livre convencimento*. Essa fórmula, como é sabido,

[...] pode ser lida de duas maneiras: a primeira, ligada a uma transposição equivocada da íntima convicção própria dos julgamentos populares [pré-modernos], identifica a liberdade de valoração das provas como uma escolha intuitiva, obscura e irreflectida, que dispensa justificação; a segunda [na linha de uma corrente de pensamento que remonta ao século XVIII] propõe uma interpretação do princípio que não afasta o carácter *racional* do juízo sobre os factos, vinculando-o não mais às regras da prova legal, mas a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos da lógica e da experiência no que toca à avaliação do material obtido, [sendo que] no primeiro caso é possível identificar uma ideologia autoritária do julgamento sob o rótulo da *certeza moral*, [e] na segunda acepção, ao contrário, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adopte decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objectivos e de uma forma que seja controlável (Gomes Filho, 2009, p. 248-249).

Assim postas as coisas, não se duvida que a Lei nº 11.690/2008 aponta no sentido de “[...] afastar a confusão, ainda muito frequente na prática judicial, entre *livre convencimento* e *liberdade de prova*” (Gomes Filho, 2009, p. 248-249). O que, contudo, merece a pena equacionar é se a já clássica oposição entre duas interpretações sobre a liberdade de convicção é hoje a oposição verdadeiramente fulcral. Porque, bem vistas as coisas, melhor será assumir como tendencialmente resolvida aquela disputa teórico-doutrinária a favor da primeira interpretação, ou seja, a de uma liberdade de convicção entendida enquanto regime de decisão controlado (porque, afinal, o cenário democrático-constitucional impede de facto a segunda leitura), concentrando, ao invés, toda a energia analítica na descodificação, seguramente mais fina, do plano de oposição hoje verdadeiramente em jogo – a saber: o que opõe, embora adentro de uma comum promessa de respeito para com aquele espírito de liberdade controlada, de um lado, uma estratégia de mero *formalismo* no tratamento do assunto, e, de outro, uma estratégia de *efectividade* na busca da respectiva concretização.

Ora, do ponto de vista, quando se diz, como na lei que temos vindo a seguir, que “[...] o juiz formará sua *convicção* pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação” (Lei nº 11690, de 9-6-2008, art. 155), bem se percebe a polémica subsequente. De facto,

[...] apesar de [vincular] a própria noção de prova ao atendimento do contraditório judicial, o legislador de 2008 não acolheu integralmente a proposta do Poder Executivo, que vedava, de forma absoluta, a utilização das informações trazidas pela investigação na formação do convencimento do juiz, [verificando-se mesmo que] ao introduzir na nova redacção do art. 155 do CPP o advérbio *exclusivamente*, a Lei nº 11.690/2008 permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os factos, desde que existam, *também*, provas produzidas em contraditório judicial (Gomes Filho 2009, p. 249).

É certo de que não se autoriza, com esse expediente, a busca obsessiva da verdade e a sua obtenção a todo o custo; directamente, não; mas o carácter de brecha tomado pelo advérbio e a autoestrada de excepcionalidade por ele introduzida empurra inevitavelmente o articulado para a zona do que chamei a estratégia de mera adequação formal, leia-se de mera cosmética, na consagração da democraticidade do processo.

Bem se aceitam, por conseguinte, observações como as de Aury Lopes Jr., para quem “o art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir actos de prova com actos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles” (Lopes Jr. 2008, 9-11). E concretiza: “A redacção vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra faz muita diferença... Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar quaisquer esperanças de que os juízes parassem de condenar os réus com base no famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de actos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros actos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças “fazendo de conta que...” o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando, na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas linguísticas do “cotejando a prova judicializada com os elementos

do inquérito...” ou “a prova judicializada é corroborada pelos actos do inquérito...”. Quando um juiz faz isso na sentença está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito policial (meros actos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia de jurisdição, etc., pois no processo não existem provas suficientes” (Lopes Jr. 2008, 9-11).

Pelo que, propõe o mesmo autor,

[...] a vedação de utilização dos actos de investigação (exceptuando, é elementar, as provas técnicas irrepetíveis e aquelas produzidas no incidente judicializado de produção antecipada) já seria pouco, [dado que] o ideal seria ter coragem para romper, buscando a exclusão física dos autos do inquérito. Isso sim seria dar ao inquérito o seu devido valor e garantir o julgamento com base na máxima originalidade da prova (colhida no processo e em contraditório) (Lopes Jr. 2008, 9-11).

Tudo somado, a ideia com que se fica, mormente quanto ao modo de encarar o mecanismo da convicção pelo ambiente legislativo expresso pela célebre Lei nº 11.690 e, de modo geral, por todo o tipo de dispositivos processuais igualmente ambíguos a este respeito, é a de que não basta argumentar com a modulação acusatória de determinada arquitectura processual para garantir abrigo contra o resquício inquisitorial que (arrisco: por definição) todo o processo penal comporta. A complexidade do fenómeno processual não se contenta com a bondade de umas quantas determinações fundacionais. De pouco lhe vale estipular a não contaminação entre o acto de acusar e o acto de julgar se, ao mesmo tempo, deixar em aberto a possibilidade de o julgador romper a demarcação pressuposta, translocalizando a sua função no âmbito do processo. Não basta, de facto, o enunciado das demarcações, etapas e funções, convém entrar em conta com o potencial de sobreposição e de deslocamento funcional adentro do campo da convicção, única forma de jogar em antecipação por via da activação das modalidades de controlo previstas.

### 3.2 Historicidade *política* da decisão judicial

Aliás, a pertinência de juízos críticos desse teor é atestada, implicitamente, pela redacção que, posteriormente à Lei nº 11.690/2008 e à legislação conexas então promulgada,



e, em bom rigor, no rescaldo das insatisfações por ela gerada<sup>3</sup>, vem a ser acolhida pela comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojecto do Código do Processo Penal brasileiro, anteprojecto esse cujo art. 165 estipula que “[...] o juiz formará livremente o seu convencimento *com base* nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adoptados”<sup>4</sup>. A diferença de orientação é visível.

E que orientação é essa? Basicamente, a que é dada nesse significativo texto que é a “Exposição de Motivos” que serve de preâmbulo ao referido Anteprojecto. Tratando-se, é visível, de um texto situado no fio da navalha entre variadas sensibilidades e pressões doutrinárias, técnicas e políticas, mais relevo aí assume, por isso mesmo, a assunção inequívoca de determinados pontos tidos por estruturantes, isto é, em concreto, a “[...] especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, *inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988*, [bem como] [...] a *explicitação do princípio acusatório* [em] adequação às peculiaridades da realidade nacional”<sup>5</sup>. Dir-se-ia que, acima de tudo, importou fazer do momento de renovação um momento de *sistematização*, entendendo-se a adopção de uma lógica sistémica como a única via de contornar as investidas pontuais sobre o dispositivo processual penal. E entendendo-se, por certo, que só a vinculação do todo codificado a um critério de *sistemicidade* permitiria resolver os múltiplos nós cegos e as desinteligências de vária ordem por via da sua comum subjugação a um princípio – que se assume ser, em concreto, o *princípio acusatório* –, logo feito património de referências a adoptar e, de igual modo, critério de exclusão ali onde a insistência em determinado aparato técnico, ainda que pontual em aparência, viesse ferir não apenas o caso vertente, mas, sobretudo, a orgânica sistémica do conjunto e o espírito de adequação ao princípio assumido. O particular cuidado com a definição das opções estruturais do CPP é claro indicativo dessa aposta numa lógica sistémica e da consciência de que aí se jogava a capacidade de “amarrar” elementos e opções de outro modo dificilmente aglutináveis.

E se é certo que a preocupação de fixar as opções estruturais do Código justifica uma sintomática colocação, logo no seu início e como que à laia de pórtico, do que se considera ser o quadro dos respectivos princípios fundamentais, capazes, portanto, de

3 Vejam-se, a esse respeito, os diversos artigos incluídos no Boletim do IBCCRIM n.º 188, de julho de 2008, dedicado precisamente ao debate sobre essa reforma processual penal.

4 Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojecto do Código Penal, Senado Federal, Brasília, 2009.

5 Idem.



o comprometer enquanto peça de inspiração acusatória, toma particular significado, para a nossa problemática, que nesse núcleo duro se faça incluir a determinação sobre o “lugar” do juiz – o que é feito nos seguintes termos: “[art. 4º] O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”<sup>6</sup>. Que não haja, pois, dúvidas: a lógica subjacente, na expressa ligação que estabelece entre modelo processual acusatório e vedação da iniciativa do juiz na fase investigatória, traduz bem a ideia, na qual insiste, há alguns anos, Jacinto Coutinho, de que é ao nível da gestão da prova e, designadamente, dos poderes de gestão probatória conferidos ao juiz, que se define a carta de identidade de um sistema processual e a respectiva marca ora inquisitorial ora acusatória (Coutinho 2001; 2008).

Daí o espaço concedido a esse assunto no citado preâmbulo do Anteprojecto. Fala-se da “importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”<sup>7</sup>. Mais do que isso, não se furta o texto a um reforço argumentativo daquela opção:

Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação (Coutinho 2001; 2008).

Perguntemos agora pela receptividade dessa linha de orientação. Que o eco da vedação às incursões do juiz não seria pacífico sabem-no bem os redactores do preâmbulo,

6 Idem.

7 Anteprojecto (Exposição de Motivos).



que se preocupam em insistir no facto de o ponto de vista adoptado não colidir com a dignidade que importa reconhecer à função jurisdicional (por exemplo, segundo Coutinho (2001; 2008):

[...] a vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais[;] a função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público [nem com o peso do respectivo desempenho] a decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes,

de acordo com Coutinho (2001; 2008). O certo é que, apesar das cautelas discursivas, o debate que rodeia o Anteprojecto desde a sua posterior configuração enquanto Projecto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (entretanto incorporado, na forma do Substitutivo, no Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o assunto) denuncia a existência de ruídos variados e de movimentações não redutíveis ao mundo jurídico. Em que direcção?

### 3.3 Historicidade *corporativa* da decisão judicial

A direcção das movimentações é variável, como seria de prever. Mas, e isso é talvez o mais intrigante, uma variedade que demarca linhas de fractura não exactamente alinhadas com aquela que tradicionalmente divide posicionamentos e opiniões entre um lado de cá e um lado de lá da batalha democrática. Como se, mesmo por entre os conjuntamente situados do lado democrático da demarcação, não fosse igualmente óbvio o significado profundo de um entendimento sistemático do modelo acusatório (efeito, por um lado, da própria ambiguidade que deve reconhecer-se ao “modelo acusatório” desde que estruturado enquanto corpo, e, por isso, da dificuldade em lhe reconhecer, sem mais, um incondicional recorte de positividade; “e efeito, por outro lado, de o pensamento repressivista tender a atuar como catalisador dos opostos”. Ou como se o preço a pagar por essa opção aparecesse subitamente excessivo para os interesses corporativos e políticos em presença. Ou ainda, muito simplesmente, como se, e aqui em discreto alinhamento com o pensamento processual de matriz inquisitorial, persistisse um temor de que uma vinculação exclusiva da convicção ao contraditório viesse substituir a pressuposta e rotineira vinculação da convicção à busca da verdade. Caso para dizer, de



novo, que a questão está longe de ser apenas técnica. Critérios doutrinários e políticos cruzam-se na arena do debate, desenhando alinhamentos e fracturas cujo sentido parece escapar, por vezes, aos protagonistas. O peso do elemento corporativo nesse cenário adensa a imprevisibilidade da separação das águas.

Tanto assim é que a citada Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania operacionalizou uma série de reuniões consultivas e debates com várias associações dos mais diversos agentes jurídicos. Sintomática, a esse respeito, é a cadência de manifestações de desagrado com que a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AjufeE) recebe o projecto de CPP. Desse modo, seja em nota técnica enviada ao Senado, seja em audiência com o ministro da Justiça, a associação assume que

[...] a [sua] preocupação imediata é com a proposta de supressão dos poderes de instrução complementar do juiz da ação penal, [o qual, de acordo com o projecto de CPP] não poderá determinar a produção de provas complementares ao *esclarecimento da verdade*, senão em benefício da defesa,

preocupação estribada em argumentos como os de que

[...] um novo Código de Processo Penal é projeto de envergadura que deve ser amadurecido com profundo debate com todos os participantes do processo penal e ainda com a sociedade civil, [ou que] a proposta contraria a tradição legislativa e jurisprudencial brasileira, [ou ainda que essa mesma proposta] também não encontra paralelo na legislação de diversos países, [pelo que, em síntese,] espera-se que o Senado não cometa o erro de acolher proposta tão radical e destoante do interesse público e que altere o projeto para manter o poder de instrução complementar do juiz, à semelhança do que é previsto no Código de Processo Penal vigente<sup>8</sup>.

É pois essa, em termos genéricos, a tónica discursiva da associação. Registe-se igualmente, por elucidativa, a resposta dada à argumentação por parte do relator da Comissão do Senado:

Cumpra-nos esclarecer que, no processo penal de tipo acusatório, a produção das provas cabe precipuamente às partes, devendo o juiz conservar-se em posição de equidistância, justamente em respeito ao princípio da imparcialidade. Por outro lado, não é demais ressaltar que o projecto

8 O elenco dessas várias reuniões e iniciativas pode consultar-se no próprio site da Associação.



de Código preserva a faculdade de o magistrado realizar, por iniciativa própria, diligência para esclarecer dúvidas sobre a prova produzida<sup>9</sup>.

Igualmente instrutiva se revela a consulta das Emendas propostas ao projectado Código, tal como apresentadas à Comissão do Senado. Tenha-se por exemplar a Emenda n<sup>o</sup> 19, cuja pretensão é justamente a de excluir a vedação ora feita à iniciativa do juiz na fase de investigação e de produção de provas. Para tanto, a Emenda avança com a proposta de alteração dos arts. 4<sup>o</sup> e 162 do CPP em análise, ou seja, nem mais nem menos, do artigo que diz que “[...] o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” e do artigo em que se afirma que “[...] as provas serão propostas pelas partes”. Na justificação da Emenda, argumenta-se que “[...] a supressão da possibilidade de o juiz atuar supletivamente na investigação e na instrução probatória *prejudica o esclarecimento da verdade buscada no processo penal*, que sofre o risco de se tornar mera disputa entre acusação e defesa”<sup>10</sup>. Vale a pena registar o carácter liminar com que é rejeitada a Emenda: “Rejeitamos a Emenda 19, por considerar que a possibilidade de o juiz participar ativamente da instrução probatória colide com o espírito do Projecto, *que adota fortemente o princípio acusatório*”<sup>11</sup>.

Excertos desse teor são eloquentes. Mostram, entre outras coisas, como a concepção do processo como um modo de prover ao “esclarecimento da verdade buscada no processo penal” se constitui, para todos os efeitos, em modalidade de renúncia ao modelo acusatório. Nessa perspectiva, não há como negar a razão que assiste àqueles que, como Aury Lopes Jr., têm denunciado o peso da verdade como modalidade inibitória da democratização do sistema (mesmo se as consequências a retirar deste aspecto me parecem requerer uma estratégia mais complexa do que pode sê-lo uma mera “expulsão” do verdadeiro. Por outro lado, não há também como negar um aspecto: o princípio acusatório, uma vez guindado à categoria de princípio reitor, transforma-se, no âmbito dos debates, em razão máxima e quase única razão argumentativa na hora de justificar dadas as opções e de recusar outras. Compreende-se: em lógica sistémica, os rumos a tomar encontram efectivamente suporte na evocação do princípio regente do sistema,

9 Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projecto de Lei do Senado n<sup>o</sup> 156, de 2009, que reforma o Código do Processo Penal, e proposições anexadas.

10 Idem.

11 Idem.



com o qual é suposto eles convergirem. O risco, porém, é de o argumento - neste caso o princípio - enquistar enquanto argumento de autoridade. O que, a ocorrer, equivaleria a fundar a sua legitimidade numa mera condição de critério vencedor. Ora, importa que fique claro aquilo a que ele se opõe, ou, pelo menos, dizendo-o mais de acordo com a problemática deste capítulo, aquilo em relação ao qual ele constitui indispensável modalidade de constrangimento. E isso, no caso concreto do convencimento judicial, é a expansividade incorrigível da convicção, no quadro de uma circularidade porosa que a leva a absorver um pouco de tudo o que participa da construção da decisão: pré-conceitos, suposições, expectativas, senso comum, percepção estatística, verdade, ponderação, etc. Não que o carácter ondulante do convencimento, expressão do lugar cativo nele detido pelos *redgimes epistémicos da evidência*, o desqualifique por completo em sede decisória, não se trata disso. Trata-se, sim, de o tratar como *operador de contágio* que ele é (Martins, 2014). Sucede, com efeito, que “as decisões judiciais se situam na *intersecção* dos procedimentos legais que as regulam com as crenças colectivas e individuais que lhe estão subjacentes”, podendo até aceitar-se que, nesta perspectiva, “a prova é essa *intersecção*” (Duarte 2004, p. 268-284).

A prova como *intersecção*. Aceita-se. Em termos de lucidez crítica não se poderia dizer melhor. Já, contudo, no tocante a um almejado comprometimento da matéria probatória com o princípio da legalidade, a adequação jurídico-constitucional e o horizonte de compaginação com o Estado de Direito, semelhante carácter contextual da prova impõe uma reflexão francamente heterodoxa do debate sobre o enfrentamento entre matrizes ditatoriais e matrizes democráticas no âmbito processual penal.

## 4. Conclusão

- a. Entenda-se bem o que está em causa: numa conjuntura de franca tensão entre 1941 e 1988, não basta ensaiar uma demarcação das posições em presença com base numa batalha travada em nome da solidez de determinados conceitos. É que, dada a manifesta historicidade destes últimos, quer dizer, dada a manifesta disponibilidade dos conceitos para com os humores da conjuntura e para a sua conseqüente significância flutuante, conceitos como *prova* e *solidez probatória* oscilam com o tempo, metamorfoseiam o seu sentido principiológico, negociam em permanência as condições da sua funcionalidade, pelo que, em suma, carecem da nitidez desejável



para clarificar as diferenças entre os tempos em presença. A sobreposição e simultaneidade de tempos históricos têm um preço: danificam o potencial demarcatório do *limite*.

- b. Os modos de persistência do *passado que não passa* são diversos. Vão desde a permanência de fórmulas antigas, práticas e codicologias nunca devidamente extirpadas nos momentos de mudança, à sua recuperação ou reintrodução em tempos supostamente posteriores à sua vigência. Mas tão importante quanto isso é reconhecer os *lugares* onde se alojam. A análise empírica a que procedemos denunciou três possibilidades dessa localização: a sua vigência “técnica”, digamos que rotineira ao nível das práticas jurídicas e como que prolongando um tempo anterior por via de uma permanente adição de nuances e da introdução de adendas subtis no formulário processual; a sua vigência “política”, fazendo de cada possível modificação técnica um objeto de negociação nos areópagos políticos (e assim produzindo o que, com alguma liberdade de linguagem, se poderá apelidar de um autêntico “centrão” jurídico-penal, capaz de anular o mínimo viés de iniciativa distópica), e a sua vigência “corporativa”, mostrando bem que um dos mais poderosos lugares de permanência dos *cadáveres adiados* se localiza no interior mesmo da lógica corporativa – em fim de contas, por ocasião do processo de democratização brasileiro de meados da década de 1980, houve substituição dos magistrados concretos, humanamente recortados?
- c. As reflexões anteriores põem a descoberto um nó crítico. Para onde vai, na história, aquilo que “desaparece”? A obsessão da modernidade com o futuro andou a par com a obsessão pela *tábula rasa*. O ponto zero não é apenas o ponto de partida; ele começa por ser um ponto de permanente chegada que permite – só ele permite – arrancar de novo para uma nova partida em direção ao novo e assim sucessivamente. E porque, em lógica moderna, esse mecanismo deve estar permanentemente em aberto, a rutura com o passado e o esquecimento sistemático inscrevem-se fatalmente no processamento do tempo. É preciso que o existente possa, a cada momento, ser exorcizado, por forma a renovar constantemente o projeto de construção do novo. Habermas explica esse processo com base na busca de permanente renovação de autoconfiança por parte de uma modernidade frágil, sempre confrontada com a necessidade de justificação da própria diferença enquanto compromisso com a novidade (Habermas, 2006). Será assim. O certo é que a obsessão com a limpeza do caminho percorrido obrigou a secundarizar o destino dos detritos historicamente

produzidos. E dado que o recurso ao mecanismo da transição, feito triturador por excelência do processo histórico e, ato contínuo, porteiro do futuro, se revelou, pelos motivos que vimos, aposta frágil, resultou também frágil a resposta da modernidade aos movimentos de retorno, repetição ou reificação, expressão afinal de um “lixo histórico” mal resolvido.

- d. A tentativa mais comum foi a de aprisionar os “regressos” sob a noção de época, no que correspondeu a uma estratégia de negação. Dada realidade, dado regime político, dada modalidade normativa, dada corrente doutrinária, tendo comprovadamente pertencido a outra conjuntura histórica, não poderia obviamente estar ainda ou outra vez vigente na atualidade. Por intermédio de uma junção sutil das noções de rigor e de anacronismo, prolongava-se o acantonamento do passado no seu lugar devido. Uma estratégia hoje comprovadamente escassa para dar conta de fenômenos de resurgimento, regresso ou reinvenção - *fascismo* e *populismo* serão talvez os casos mais emblemáticos - cujo tratamento genealógico ou arqueológico, independentemente do conflito de interpretações adveniente, não dispensa, pelo menos, a libertação de uma interrogação sempre incômoda e de facto nunca devidamente acarinhada: como é processado ou reciclado o “lixo histórico”? O que equivale a perguntar: a historiografia, o rigor histórico, trabalha os conceitos para os disponibilizar, agregando lucidez à respetiva convocatória e uso, ou aprisiona-os, em nome desse rigor, inibindo a sua mobilização e uso precisamente naqueles momentos em que mais precisamos deles?
- e. Um entendimento *configuracional* do atual panorama processual penal brasileiro parece requerer mais a categoria historiográfica da *cronoferência* do que verdadeiramente a clássica lógica explicativa ancorada no conceito de *transição*. Até pelo seguinte aspeto: é que aquela opção - ou seja, a opção por uma análise do problema que se disponha a discutir a questão propriamente técnica do processo jurídico em forçosa correlação com o respetivo ambiente social, económico, político e comunicacional envolvente - obrigará, de um modo ou de outro, o campo processual penal a aceitar e a assumir também como sua a seguinte pergunta: é pensável uma reforma jurídica de índole democrática que se proponha matar a matriz ditatorial que nela subsiste sem que ocorra, em paralelo, uma reforma social igualmente compaginada com o horizonte da democraticidade? Talvez só a manutenção em aberto dessa incômoda questão venha a permitir um dia expulsar 1941, em definitivo, de 1988, de 2008... de 2028.

## REFERÊNCIAS

- ALGAN, Y. et al. *Les origines du populisme*. Enquête sur un schisme politique et social. Paris: Seuil, 2019.
- AMARAL, A. J. do A. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- ANKERSMIT, F. Presence and myth. *History and Theory*, n. 45, p. 328-336, Oct. 2006.
- ARAGONÉS, J. F. F. Lo que los españoles llaman la *transición*. Evolución histórica de un concepto clave. *Mélanges de la Casa de Velázquez*. Nouvelle série, v. 36, n. 1, p. 131-149, 2006.
- BADIOU, A. *Le siècle*. Paris: Seuil, 2005.
- BÔAS FILHO, O. V. Democracia. A polissemia de um conceito político. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, 2013.
- CASARA, R. *Estado pós-democrático*. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- COUTINHO, J. N. M. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- DUARTE, R. P. Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas convicções judiciais. In: GIL, F.; LIVET, P.; CABRAL, J. P. (coords.). *O processo da crença*. Lisboa: Gradiva, 2004. p. 268-284.
- EATWELL, R.; GOODWIN, M. *National populism: the revolt against liberal democracy*. London: Penguin, 2018.
- ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- EPSTEIN, L.; LANDES, W. M.; POSNER, R. A. *The Behavior of federal judges*. A theoretical and empirical study of rational choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- ESCUDIER, A. Temporalisation et modernité politique: penser avec R. Koselleck. *Revue Germanique Internationale*, n. 25, p. 36-67, 2017.
- FINCHELSTEIN, F. *Do fascismo ao populismo na história*. Lisboa: Almedina, 2019.
- FISCHBACH, F. Philosophie de l'histoire et conception du temps. Lukács, Marx et nous. In: BOUTON, C.; BÉGOUT, B. (dir.). *Penser l'histoire*. De Karl Marx aux siècles des catastrophes. Paris: Éditions de L'éclat, 2011. p. 40-50.
- FRANCO, A. S. et al. (orgs.). *Justiça penal portuguesa e brasileira*. Tendências de reforma. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008.
- FRANCO, J. V. L. *Pluralismo jurídico y estado*. Transformaciones del Estado de derecho y el reconocimiento de la diversidad en Latinoamérica. Editorial Académica Española/Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2012.
- GIACOMOLLI, N. J. *Reformas (?) do Processo Penal*. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



- GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, R. J. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GOMES FILHO, A. M. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES FILHO, A. M. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, M. T. R. de A. (coord.). *As Reformas no Processo Penal. As Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, 246-297.
- GORMAN, J. The commonplaces of “revision” and their implications for historiographical understanding. *History and Theory*, n. 46, p. 20-44, Dec. 2007.
- HABERMAS, J. *Time of transitions*. Cambridge: Polity Press, 2006.
- HELGESSION, S.; SVENUNGSSON, J. (eds.). *The ethos of history: time and responsibility*. New York: Berghahn, 2018.
- HESPANHA, A. M. *Caleidoscópio do direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HUNT, L. Devemos reiniciar a história? *Faces da História*, n. 2, p. 191-197, 2015.
- INNERARITY, D. *Una teoría de la democracia compleja*. Gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.
- JORDHEIM, H. Multiple times and the work of synchronization. *History and Theory*, v. 53, n. 4, 2014.
- KLEINBERG, E. *Haunting history: for a deconstructive approach to the past*. Stanford: Stanford University Press, 2017.
- KLEINBERG, E.; SCOTT, J. W.; WILDER, G. Thesis on theory and history. *History of Present*, v. 10, n. 1, p. 157-165, 2020.
- KOSELLECK, R. *Los Estratos del Tiempo. Estudios Sobre la Historia*. Barcelona: Paidós, 2001.
- KOSELLECK, R. *The practice of conceptual history. Timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- LANDWEHR, A. Nostalgia and the turbulence of times. *History and Theory*, v. 57, n. 2, p. 251-268, June 2018.
- LANDWEHR, A.; WINNERLING, T. Chronisms: on the past and future of the relation of times. *Rethinking History*, v. 23, n. 4, p. 435-455, 2019.
- LATOUR, B. *Down to earth: politics in the new climatic regime*. London: Polity, 2018.
- LEFORT, C. *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, 1981.
- LÉGENDRE, P. *L'amour du censeur. Essai Sur l'Ordre Dogmatique*. Paris: Seuil, 2005.
- LOPES JR. A. L. Bom para quê(m)? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 16, n. 188, p. 9-11, jul. 2008.



· RUI CUNHA MARTINS

LOPESJR., A. L.; ROSA, A. M. da.; OLIVEIRA, D. K. de. 15 anos da reforma processual penal e a “lei que não pega”. *Consultor Jurídico*, 3 out. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-03/criminal-player>.

LORENZ, C. History and theory. In: WOOLF, D.; SCHNEIDER, A. (eds.) *The Oxford history of historical writing*. Volume 5. Historical writing since 1945. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 13-35.

MACHADO, L. M. O Código de 1941 não pode ser o paradigma normativo fundamental de investigação. *Conjur*, 18 abr. 2017.

MALAN, D. R. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, L. M. 80 anos do Código de Processo Penal: nada a comemorar. *Notícias Universidade Federal de Minas Gerais*, 4 out. 2021. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/80-anos-do-codigo-de-processo-penal-nao-ha-o-que-comemorar-1>.

MARTINS, R. C. *O ponto cego do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MOREIRA, V. *Revisão e revisões: a Constituição ainda é a mesma? 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2000.

PEREIRA, M. B. *Modernidade e tempo*. Para uma leitura do discurso moderno. Coimbra: Minerva, 1990.

PINTO, A. C.; KALLIS, A. (orgs.). *Rethinking fascism and dictatorship in Europe*. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2014.

POSNER, R. A. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

PRADO, G. *Transação penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

PRADO, G.; MALAN, D. (coords.). *Processo penal e democracia*. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, G.; MARTINS, R. C.; CARVALHO, L. G. G. C. de. *Decisão judicial*. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ROVELLI, C. *L'ordine del tempo*. Milano: Adelphi Edizione, 2017.

RUNIA, E. Inventing the new from the old - from white's tropics to Vico's topics. *Rethinking History*, v. 14, n. 2, p. 229-241, 2010.

SIMON, Z. B. The transformation of historical time. Processual and evental temporalities. In: TAMM, M.; OLIVIER, L. *Rethinking historical time*. New approaches to presentism. London: Bloomsbury, 2019. p. 71-84.

SIMON, Z. B.; TAMM, M. Historical futures. *History and Theory*, v. 60, n. 1, p. 3-22, March 2021.

SUNSTEIN, C. R. *How change happens*. Cambridge: MIT Press, 2019.

SUNSTEIN, C.; R. *This is not normal*. The politics of everyday expectations. New Haven and London: Yale University Press, 2021.

TAMM, M.; BURKE, P. *Debating new approaches to history*. London: Bloomsbury, 2018.



TAMM, M.; OLIVIER, L. *Rethinking historical time. New approaches to presentism*. London: Bloomsbury, 2019.

TARUFFO, M. Senso commune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 53, n. 3, p. 665-696, 2001.

TAVARES, J. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TELES, E.; SAFATLE, V. (orgs). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

TRAVERSO, E. *Les nouveaux visages du fascisme*. Paris: Textuel, 2017.

URBINATI, N. U. *Me the people: how populism transforms democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

### **Equipe editorial**

*Editor Acadêmico* Felipe Chiarello de Souza Pinto

*Editor Executivo* Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

### **Produção editorial**

*Coordenação Editorial* Andréia Ferreira Cominetti

*Preparação de texto* Mônica de Aguiar Rocha

*Diagramação* Libro Comunicação

*Revisão* Vera Ayres

*Estagiária editorial* Isabelle Callegari Lopes

