

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

VITÓRIAS E DERROTAS DA CULTURA DOS JURISTAS NA ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL¹

ENIO AMODIO

SUMÁRIO: 1. A cultura processualista penal e o Código de 1988: o impacto e seus efeitos – 2. A posição de primeiro plano dos juristas no processo de produção das normas do Código – 3. A dinâmica das relações entre acadêmicos, magistrados-juristas e órgãos ministeriais na atividade de elaboração legislativa – 4. A contribuição da doutrina na definição das linhas do modelo acusatório – 5. Os institutos pensados ou elaborados pelos “juristas do código” – 6. Vitórias e derrotas da cultura dos professores: da primazia à “perda de poder” conseqüente à entrada em vigor do Código – Bibliografia.

1. A cultura processualista penal e o Código de 1988: o impacto e seus efeitos

Para o estudioso do direito processual penal, a escolha do campo investigativo é quase obrigatória: a reflexão a respeito do grau de incidência, que a cultura jurídica pós-guerra teve nas normas atinentes ao processo penal, impõe concentrar a atenção sobre os conteúdos do novo código e sobre o *iter* que marcou o seu nascimento.

Trata-se, em verdade, de um teste ideal para medir a contribuição dos juristas

na produção legislativa: a codificação de 1988 é um *corpus* normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório.

É necessário, preliminarmente, precisar o método utilizado. O tema do Congresso estimula, indubitavelmente, o emprego dos instrumentos da pesquisa histórica para fazer emergir as possíveis ligações ou as diretas e perceptíveis influências, no arco de tempo que vai da metade dos anos Sessenta até os fins dos anos Oitenta, no âmbito das relações entre cultura processualista-penal e órgãos institucionais aos quais é imputável a formação das normas do novo código. De resto, quer a necessidade de refletir sobre fatos cronologicamente muito próximos de nós,

⁽¹⁾ Texto da conferência proferida no “Encontro de Estudos”, realizado em Florença, Itália, nos dias 26-28 de setembro de 1996, sobre o tema “Juristas e legisladores. Pensamento jurídico e inovações legislativas no processo de produção do Direito”. Tradução feita por Paulo Zomer, Procuradora do Estado, em São Paulo, e representante do IBCCrim na Itália. (Revisão de Alberto Silva Franco)

quer a experiência diretamente vivida por quem escreve de dentro do processo de elaboração do código sugerem também o uso de uma perspectiva sociológica, de maneira a desenvolver a investigação com método histórico-sociológico (Friedman, 1989,18).

Exatamente da elaboração teórica efetuada pela sociologia do direito podem ser, antes de tudo, deduzidos alguns conceitos-chaves úteis para definir os limites da pesquisa. Pode-se, de fato, falar de *impacto* para exprimir a área da codificação que manifesta, na sua arquitetura ou nos particulares institutos, os sinais de acolhida de estímulos, propostas ou elaborações provenientes de juristas. O conceito comporta um ponto de vista meramente descritivo, que deve ser considerado diverso do critério valorativo que é, ao contrário, sustentado pelo critério norteador concernente aos efeitos da contribuição dos estudiosos de processo penal. E, na realidade, uma vez confirmada a influência da doutrina no Código de 1988, pode-se indagar quais efeitos derivaram do impacto cultural sobre os textos normativos, tanto do ponto de vista da eficiência do trabalho legislativo como do da qualidade do produto normativo: em termos de racionalidade sistemática ou sob a ótica do maior ou menor grau de aceitação da norma por parte dos operadores do processo.

Impacto da doutrina sobre o novo código e *efeitos*, em termos de custos e benefícios, da mediação cultural são os dois pólos em torno dos quais gira a presente pesquisa.

Num plano diverso, ao invés, coloca-se a problemática referente às reações da magistratura, ordinária² e constitucional, e do meio forense frente à nova

codificação. Privilegia-se, aqui, o ponto de vista da atuação prática das normas contidas no código. A propósito, discutir consensos e dissensos a respeito do novo código, ou idoneidade, ou não, do sistema para interpretar as necessidade de eficiência e tutela dos direitos individuais expressos pelos operadores da justiça tem justificativa apenas nos limites em que se queira entender qual incidência teve a mediação cultural dos juristas a respeito dos destinos do produto legislativo, pelo menos na parte em que resultou influenciado ou inspirado pelo pensamento processualista penal.

No contexto dos temas de investigação assim definidos, podem ser agora individuadas as áreas mais específicas sobre as quais convém centrar a atenção.

Antes de tudo, deve ser esclarecido o papel que os juristas tiveram no *iter* legislativo do qual decorreu o Código de Processo Penal de 1988. Aqui, o interesse está focalizado na codificação como *processo* e não como *produto*, isto é, como resultado final contido num definido *corpus* normativo (Varga, 262). Trata-se de entender de que modo os expoentes da cultura processualista-penal fizeram ouvir suas vozes nos órgãos da elaboração legislativa: se nas vestes de sugeridores ou de estimuladores fora das opções realizadas no contexto político-institucional ou como verdadeiros e próprios atores do processo legislativo.

Neste âmbito, é mister que se elucide sobre as dinâmicas das relações entre os juristas empenhados no trabalho legislativo como técnicos do processo penal: de um lado, os políticos envolvidos, como parlamentares, na elaboração normativa; de outro, os grupos constituídos pelos magistrados-funcionários, ligados ao Ministério da Justiça.

Além disso, no que pertine à extensão do impacto doutrinário, convém distinguir duas questões: a primeira diz respei-

(2) Magistratura ordinária é toda aquela que não se identifica com a Corte constitucional e com o Tribunal para Menores.

to à incidência da cultura acadêmica na escolha do modelo do novo processo e sobre a arquitetura global do código; a segunda concerne à contribuição dos juristas na construção de particulares institutos.

Fica, assim, integralmente, delineada a tessitura lógica do presente relato. O critério do impacto leva à definição do papel dos juristas no processo de criação das normas do código e à medida da influência de seu pensamento, seja no plano da opção do sistema processual, seja sob o perfil das inovações contidas nas diversas partes da codificação.

Indagando-se sobre os efeitos, procurar-se-á, por sua vez, estabelecer se a contribuição dos estudiosos trouxe, ao novo código, o benefício de uma maior qualidade do texto normativo ou fez recair sobre ele os custos derivados de ideologias pré-constituídas ou abstratas engenharias processuais distantes das necessidades da práxis.

2. A posição de primeiro plano dos juristas no processo de produção das normas do Código

É sabido que, para a promulgação do novo Código de Processo Penal, se usou, em homenagem a uma tradição referida ao nosso sistema constitucional, o dispositivo da lei delegada. Dela decorreu uma divisão de trabalho entre a sede parlamentar na qual foram fixados os princípios e os critérios diretivos para a redação do código (art. 21, 16.02.1987, n. 81) e a sede governamental, na qual se instituiu, para fins do exercício da delegação, uma Comissão incumbida de redigir o Projeto preliminar. A Comissão constituída junto ao Ministério da Justiça e presidida pelo Prof. Gian Domenico Pisapia era composta de oito professores universitários, oito magistrados e um advogado. De acordo com o prescrito no *iter* fixado pela lei delegada, o Projeto

preliminar foi submetido, em seguida, ao exame de uma Comissão parlamentar bicameral que verificou a conformidade do texto em relação aos princípios estabelecidos pelo Parlamento.

O esquema operacional deduzível deste percurso parece atribuir aos juristas um papel marginal, ou, de qualquer modo, meramente executivo no procedimento de formação das normas: da sede política que elaborou o modelo do novo processo a reforma passou a outra sede, também política, na qual o Governo, com a contribuição, na aparência, puramente técnica dos juristas da Comissão Pisapia, preparou o Projeto preliminar submetido enfim ao filtro, também esse de natureza política, da Comissão parlamentar. Exsurge daí a idéia da prevalência das instâncias dos órgãos institucionais aos quais é atribuída a função legislativa em relação aos colaboradores externos chamados, como técnicos, para coadjuvar o Governo.

A realidade é, no entanto, bem diversa. Confirma-se isso quando se tem presente a extensão e a meticulosidade verdadeiramente incomuns que caracterizam a Lei 81/1987 (v. *Lattanzi*, 182, *Chiavario*, 89), delegação com base na qual foi construída a nova codificação. Uma boa parte dos 105 critérios diretivos revela uma estrutura bastante distante daquela típica das disposições de princípio destinadas a produzir a legislação delegada: são textos normativos que antecipam uma disciplina minuciosa de condutas processuais, por vezes reproposta em seguida, numa formulação literal quase idêntica nos artigos do código (v., p. ex., a diretiva n. 31, em relação aos arts. 55, 347 *et seq.*; diretiva ns. 73 e 75, em relação aos arts. 499, 500 e 511, § 1.º, CPP).

Esta hipertrofia não decorre da vocação do Parlamento de escrever partes do código. Ela se explica à luz da história da reforma. A delegação de 1987 é o desaguadouro final de um longuíssimo

trabalho projetado para um novo processo penal, um trabalho que teve início, no plano legislativo, na metade dos anos Sessenta, com a apresentação de um esboço de lei delegada que atingiu a linha final da aprovação parlamentar apenas no ano de 1974. Daí nasceu, no ano de 1978, o Projeto preliminar de um novo código redigido pela Comissão ministerial presidida por Gian Domenico Pisapia e composta pelo mesmo núcleo de juristas que foram chamados, em seguida, para dar sua contribuição à redação das normas com base na lei delegada de 1987. Mesmo não tendo o Governo levado a termo o Projeto de 1978 pela superveniência de graves problemas provocados pela luta contra o terrorismo, a sua articulada estrutura, embora submetida à revisão crítica do modelo centrado na sobrevivência do juiz instrutor, continuou a ter um peso determinante na história da reforma.

Mesmo depois de 1978, uma parte dos juristas anteriormente incluídos na Comissão Pisapia, que tinha trabalhado nos anos Setenta, continuou a atuar dentro do Ministério da Justiça na busca de intenções para a reelaboração do modelo de processo penal delineado na delegação de 1974. Antes, em 1982, um grupo de trabalho coordenado por este autor e, depois, em 1983, uma Comissão ampliada, instituída pelo Ministro Martinazzoli, forneceram ao Governo contribuições para auxiliar o Parlamento na redação de uma segunda lei delegada que conseguisse, ao mesmo tempo, recobrar as inovações já conquistadas com a delegação de 1974 e o Projeto de 1978 e impulsionar a reforma rumo a novos horizontes, sobretudo no terreno dos mecanismos indispensáveis à celeridade do processo e à contenção da carga de trabalho oral.

A extensão e a meticulosidade da delegação de 1987 têm, portanto, suas raízes na herança de um volume de iniciativas e de resultados atingidos pela

atividade legislativa destinada a dar vida ao código. Os conteúdos da segunda delegação testemunham uma vicissitude que está em contraposição àquela que pareceria, à primeira vista, poder-se extrair da riqueza do texto normativo elaborado pelo Parlamento. A sede política acolheu, em larga medida, os resultados de um trabalho organizado, pelos expoentes da cultura processualista penal, antes no interior da Comissão ministerial redatora dos anos Setenta e, depois, nas diversas comissões encarregadas de dar contribuições ao Governo para fins de elaboração de novos critérios diretivos.

Parece evidente, neste ponto, qual foi o papel dos juristas no *iter* de formação do código. Eles não dialogaram com os órgãos legislativos de fora e à distância das sedes institucionais, como tinha ocorrido entre nós, no passado, quando Francesco Carnelutti redigiu, em 1963, um esboço de código no âmbito de uma Comissão ministerial investida de uma tarefa consultiva e propositiva ou, na França, onde a "*Commission Justice pénale et Droit de l'homme*", presidida por Mireille Delmas Marty, foi incumbida de formular um projeto de reforma parcial do código de processo penal, submetido depois ao crivo dos órgãos institucionais (*Chiavario*, 313).

Os processualistas penais italianos assumiram as vestes de atores do processo de criação das normas sob um duplo perfil que constitui um *unicum*, algo sem precedentes, no panorama das experiências até agora conhecidas. Antes, tais processualistas penais redigiram o Projeto de 1978, como técnicos incumbidos de fornecer ao Governo a assistência necessária para preparar o texto do código com base na delegação de 1974. Depois, nos primeiros anos dos Oitenta, cooperaram com o Ministro da Justiça dando as diretrizes de uma nova delegação a ser aprovada pelo Parlamento, empenhando-

se, assim, num trabalho tendente a modelar o novo processo. Dedicaram-se, enfim, à redação das normas baseadas na lei delegada de 1987 que eles próprios, em larga medida, tinham contribuído para o nascimento através de propostas feitas pelo Governo ao Parlamento com arrimo em suas emendas ou mediante a recuperação dos conteúdos normativos do Projeto de 1978.

Se se observa além dos esquemas formais, pode-se, em boa medida, falar de um *código de professores*, tão incisiva e ampla foi a contribuição dos acadêmicos ao processo de produção normativa. A permanência do mesmo núcleo de juristas dirigido por Gian Domenico Pisapia no arco de tempo que vai de 1974 a 1988 tornou particularmente fortes, pela experiência e riqueza do patrimônio conceitual acumulado no tempo, pessoas alheias ao aparato institucional que tinha a responsabilidade política pela reforma. Ainda que não de pretenda subtrair nada à supremacia do Parlamento (v. *Chiavario*, 1994, 125), é, porém, evidente que somente aqueles que, no arco de tempo de catorze anos, estiveram continuamente empenhados em forjar um sistema que se delineava entre oscilações e repensamentos, podiam reivindicar e ter de fato uma primazia nas escolhas legislativas.

Além disso, se é verdade que os juristas chamados a atuar nas Comissões ministeriais constituíram uma espécie de “milícia da administração”, na medida em que criaram uma ponte entre o Estado e a sociedade civil (*Mader*, 134), não pode certamente parecer anômalo que os professores do código, enquanto expoentes de uma cultura alinhada aos valores expressos pelos órgãos parlamentares, se tenham transformado em protagonistas do processo de produção normativa (v., ao invés, em sentido tendencialmente contrário, *Chiavario*, 1994, 125-126).

3. A dinâmica das relações entre acadêmicos, magistrados-juristas e órgãos ministeriais na atividade de elaboração legislativa

Pode ser de algum interesse reconstruir a interação entre os diversos grupos empenhados na atividade legislativa que deu vida ao Código de Processo Penal. Afirmar, como acima mencionado, que os professores conquistaram de fato uma primazia no processo de produção legislativa não significa ceder a uma representação oleográfica ou triunfalista que negue os aspectos problemáticos da posição dos técnicos dentro dos aparatos institucionais habituados mais a dominar do que a sofrer o *input* cultural. Sem cair na crônica banal das *memoires d'un petit nomothète*, tentarei aqui esboçar o quadro dos diversos atores do cenário legislativo, com as peculiaridades que marcaram as respectivas contribuições.

Aqueles que até aqui chamei, por eclipse, de “juristas”, “professores” e “exponentes da cultura processualista penal” são os componentes de origem universitária da primeira (1974-1977) e da segunda Comissão Pisapia (1987-1988), bem como das Comissões constituídas com objetivo da redação da lei delegada de 1987. Trouxeram eles para trabalho legislativo a ideologia e o patrimônio conceitual de uma matéria, como o processo penal, que apenas no início dos anos Sessenta tinha adquirido uma posição de primeiro plano, no rasto da jurisprudência constitucional demolidora das normas mais autoritárias do Código Rocco e que, exatamente naquele período, se tornara ainda mais vigorosa no panorama acadêmico, graças a uma readquirida dignidade científica assegurada pelo florescimento dos estudos promovidos por Giovanni Conso. Os professores recrutados nas universidades na qualidade de colaboradores do legislador tinham, portanto, uma forte motiva-

ção para construir um novo ordenamento capaz de subverter inteiramente o fundamento do Código de 30, concretizando os princípios garantistas da Constituição e tornando finalmente possível a edificação de um sistema processual coerente, idôneo a remover um texto normativo já bastante fragmentário e incongruente para permitir profícuas reconstruções dogmáticas.

Junto aos acadêmicos puros — a definição deve ser tida como válida, embora alguns, a começar do Presidente, contribuísem para o trabalho legislativo com sua experiência de advogados — são colocados em posição autônoma os “magistrados-juristas”. Dentro das Comissões ministeriais atuaram, na realidade, alguns magistrados qualificados não apenas por uma grande experiência na atividade judiciária, mas ainda por uma sólida preparação científica comprovada também por publicações no setor processualista penal. Embora representando um grupo com o qual os acadêmicos sempre tiveram uma grande facilidade de diálogo, os “magistrados-juristas”, nas suas escolhas, revelaram-se solidamente apegados às ideologias da magistratura e muito atentos às exigências de eficiência da máquina judiciária.

Em um *status* ainda mais significativamente autônomo e de todo separado dos professores, os magistrados-funcionários das repartições ministeriais interferiram no trabalho de produção normativa do código. Estes operadores, igualmente solidários, por formação, ao quadro de valores próprios da magistratura, manifestaram-se sensíveis aos problemas organizacionais e às vezes até mesmo às exigências de vinculação com outros órgãos do executivo, como o Ministério do Interior, no que se refere aos problemas da polícia judiciária de forma a demonstrar o seu papel de integração plena no quadro do aparelhamento administrativo.

Exatamente em relação ao grupo de magistrados-funcionários, surgiram, para os professores das Comissões, problemas de inserção no ambiente do Ministério da Justiça. Em 1974-1975, no início dos trabalhos para a concretização da primeira lei delegada, o desembarque dos juristas na rua Arenula³ foi encarado como uma invasão de área das competências institucionais atinentes à função legislativa. Assim, os mais jovens acadêmicos, aos quais tinha sido atribuída a tarefa de coordenar os trabalhos de redação dos textos normativos na primeira Comissão Pisapia (Mario Chiavario é quem escreve), foram apontados pelos ministeriais como os “professorzinhos”, portadores de competência livresca, surdos a respeito das “reais necessidades da prática judiciária e da administração da justiça”, de quem eram seguros conhecedores os expertos magistrados do Ministério.

Estas resistências foram depois desaparecendo gradativamente, criando-se uma solidariedade entre professores e magistrados, amadurecida no comum e no mui diligente trabalho de redação das normas e da Exposição de Motivos do Projeto preliminar de 1978. Um conflito de tipo diverso manifestou-se apenas muito mais tarde, no fim da redação do Projeto de 1988, quando já desgastado por várias razões, o núcleo histórico dos juristas que tinham constituído a estrutura básica da Comissão Pisapia, os componentes da repartição legislativa do Ministério, presentes sob os mais diversos títulos na Comissão redatora, tomaram as rédeas da produção normativa, garantindo, de fato, aquela continuidade operativa que fora, no passado, assegurada aos acadêmicos mais jovens empenhados, em tempo integral, na elaboração das normas.

(3) Rua Arenula (Via Arenula) é a via pública onde está situado o Ministério da Justiça.

Individuados assim os atores sociais do processo de elaboração do código, com uma simplificação que espero estar imune a aspectos deformantes, é fácil qualificar os critérios que inspiraram os seus comportamentos decisórios à luz da teoria sociológica da atividade legislativa (*La Spina*, 57).

Os acadêmicos puros deram a marca de sua contribuição a uma *racionalidade formal* destinada a fazer com que o texto legislativo fosse cunhado de forma a construir um sistema coerente, conceitualmente transparente e aplicável de modo uniforme. Eles atuaram procurando seguir ainda o diverso critério da *racionalidade a respeito do valor*, esforçando-se assim por criar normas aderentes aos princípios constitucionais e alinhadas às regras internacionais sobre direitos humanos, como, de resto, impunha expressamente a própria lei delegada.

Os magistrados-juristas e os componentes das repartições ministeriais mostraram-se, por sua vez, atentos também a uma *racionalidade a respeito do fim* centrada no valor da eficiência, “que exige um emprego calculado, econômico dos meios, de modo a garantir o controle dos efeitos do procedimento e a sua finalização para o alcance eficaz do resultado desejado” (*La Spina*, 57). De resto, os mesmos magistrados aplicaram em seu trabalho igual critério para reafirmar o primado da magistratura dentro do sistema de justiça penal.

Assim, por exemplo, deve ser atribuída ao “componente togado” da Comissão a norma que impôs ao GIP⁴ fixar, com o despacho que ordena o juízo, a data da audiência dos debates orais (art. 429,

CPP) evitando assim os tempos desperdiçados da passagem dos autos da audiência preliminar para o cartório do juiz instrutor. Analogamente, foi um magistrado quem propôs a redução da competência do tribunal do júri, em homenagem a uma visão que considera a participação popular não apenas um instituto que diminui, de algum modo, a centralidade da magistratura togada no exercício da jurisdição, mas também representa um grave problema organizativo em virtude das complicações exigidas pelo recrutamento dos juízes populares. Enfim, em homenagem às exigências de eficiência, mas também com o propósito de reafirmar a supremacia do Ministério Público a respeito da Polícia Judiciária, os magistrados da Comissão reduziram os espaços investigatórios autônomos dos auxiliares do órgão acusatório, introduzindo normas tão punitivas para a polícia que logo suscitaram a reação que provocou, com a Lei 356/1992, a modificação dos arts. 347 e 348, CPP.

No confronto entre os dois estados de espírito da Comissão ministerial, é de se perguntar se foram os juristas ou os magistrados os que se revelaram mais conservadores. Referindo-se aos advogados ingleses, Bentham já assinalava, nos idos de 1800, que são os práticos que revelam um maior apego aos procedimentos que vivem cotidianamente, criando por isso barreiras aos caminhos das reformas. De resto, recentemente se afirmou ainda que “o processo oferece o mais alto grau de resistência a toda tentativa de reformas” (*Giuliani*, 83).

Não deve, portanto, causar admiração se a experiência vivida por quem escreve de dentro das Comissões ministeriais considere que a coragem de realizar uma mudança tão traumática como a da total reviravolta do velho sistema processual tenha provindo exatamente daqueles jovens juristas que, por não terem sido absorvidos pelos costumes e pelos retarda-

⁽⁴⁾ Juiz para as investigações preliminares, ou seja, o órgão do ordenamento processual penal que acompanha e decide todos os incidentes em fase de inquérito, bem como recebe a denúncia.

mentos típicos da prática judiciária e por serem imunes às sugestões derivadas das exigências dos órgãos institucionais ou das reações emotivas da opinião pública, puderam decidir com base nos ideais e nos princípios adotados pela Constituição e em nome de um garantismo amadurecido, como antídoto a respeito dos valores do velho rito inquisitório.

4. A contribuição da doutrina na definição das linhas do modelo acusatório

Já se mostrava evidente, a esta altura, a extensão que assumiu o impacto da cultura processualista penal sobre o Código de 1988. Os juristas deram uma decisiva contribuição para o fim do rito inquisitório, perseguindo três objetivos distintos: superar toda a manifestação residual do autoritarismo do Código Rocco, “o mais fascista dos códigos”, segundo a definição dos juristas do regime; dar efetividade aos princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; construir um sistema normativo livre finalmente das antinomias de um ordenamento marcado por um “garantismo inquisitório”, isto é, por uma estrutura intrinsecamente autoritária melhorada apenas de fachada pela concessão de algumas garantias.

Um semelhante programa não representa certamente uma contribuição original dos “juristas do código”, mas apenas o restabelecimento de um conjunto de interesses reformistas, muito difundido, em nosso País, antes mesmo da entrada em vigor da Constituição. Recordou-se, com justeza, que, na questão do procedimento penal, “a exigência de reforma foi considerada logo após a retomada das liberdades democráticas” (*Pisapia*, 3).

Não se pode, no entanto, afirmar que o simples repúdio aos velhos instrumentos processuais de Alfredo Rocco e o

apelo aos princípios constitucionais possam por si significar adesão a um modelo acusatório. Embora tendente a eliminar o velho sistema, a lei delegada de 1974 mantinha ainda a figura do juiz instrutor, como magistrado investigador, apesar de reduzir-lhe o âmbito de atuação.

Antes mesmo de 1974, alguns juristas, como Francesco Carnelutti e Franco Cordero, tinham atingido metas mais avançadas. Tinham prefigurado um modelo de processo sem instrução, análogo ao ora vigente, baseado numa investigação do Ministério Público inidônea à formação da prova e, portanto, muito próximo ao esquema acusatório que tem raízes nos sistemas de *common law*. Mas tanto Carnelutti como Cordero fizeram as propostas à comunidade jurídica na qualidade de mestres solitários, empenhados na elaboração de normas ou propostas processuais como credenciais da sua maturidade científica. Daí a esterilidade dessas mensagens, que não produziram o avanço do ideal do rito acusatório, apesar do caráter completo e incisivo das propostas.

Para aprovar um sistema processual verdadeiramente novo, era necessário metabolizar a delegação de 1974 mediante a redação do Projeto de 1978. Da experiência legislativa dos limites que derivam da sobrevivência do juiz instrutor e do caráter monolítico do esquema processual, insensível à vontade das partes e às possibilidades de simplificação do rito, chegou-se a delinear, em quase dez anos de debates (1978-1987), a fisionomia do novo processo, que teve sempre, como centro do laboratório reformista, as Comissões constituídas dentro do Ministério da Justiça.

Cabe agora penetrar na trama do trabalho parlamentar por meio das emendas apresentadas pelo Governo nos vários projetos de lei delegada dos anos Oitenta, as pilastras sobre as quais se sustenta o processo de partes: investigações preli-

minares confiadas a um Ministério Público desprovido de poderes coercitivos e do poder de formar a prova; papel incidental de controle das iniciativas da acusação confiado a um juiz-terceiro, despojado de poderes investigatórios; audiência preliminar como filtro de garantia a respeito das imputações temerárias; ritos diferenciados em função da redução da carga de trabalho do juiz dos debates; debates como lugar privilegiado para a colheita da prova, sem que pese a hipoteca do conhecimento prévio de atas concernentes a declarações fora dos debates e do poder de fazer delas um uso ilimitado.

Embora seja inegável o eco de institutos enraizados no processo anglo-americano, o encontro dos “juristas do código” com aquela cultura derivou de uma convergência fruto de autocritica sobre conteúdos do Projeto de 1978 mais do que da importação pura e simples do produto estrangeiro. A comparação teve, em conclusão, um papel marginal na definição do modelo, mas forneceu úteis inspirações para compor alguns institutos.

A bem da verdade, portanto, o ideal do processo acusatório para os juristas do código, assim como para todos os outros atores dos processos de produção legislativa, traduzia-se essencialmente em dois objetivos ligados à superação do velho rito mais do que a tipologias abstratas. Pretendia-se, em sede de debates, um juiz menos ativo, imparcial verdadeiramente também na fase da colheita da prova; apontava-se um órgão jurisdicional incumbido ainda mais decisivamente do papel de árbitro na fase das investigações preliminares; aspirava-se à criação de um nítido corte entre a fase de debates e a fase a ela antecedente para restituir ao juiz que se pronuncia sobre o mérito da imputação a primazia na verificação da verdade.

Porque a lógica que inspirou a escolha do modelo foi precisamente a da reação

a um passado que deve ser suprimido, os “juristas do código” foram induzidos algumas vezes a criar normas com uma função de mero repúdio aos institutos do velho sistema ou com alcance precipuamente demolidor de conceitos considerados ideologicamente impuros.

Prisioneiros de uma espécie de *horror hereditatis* para com o juiz instrutor, os redatores do Projeto delinearão uma figura de GIP asséptica de modo a autorizar-lhes a absolvição do acusado na audiência preliminar apenas em caso da evidência da prova acerca da insubsistência ou do não cometimento do fato (art. 425, CPP, modificado agora pela Lei 105/1993).

Analogamente, querendo excluir a idéia de um juiz autorizado a apurar o fato além dos limites estabelecidos pelas regras probatórias e com poderes de todo autônomos em relação às iniciativas das partes, os autores do Projeto do novo Código eliminaram qualquer referência à verificação da verdade exatamente porque esta função se tornara o emblema do rito inquisitório no velho sistema processual.

Destes excessos de zelo ideológico, perceptíveis concretamente no texto normativo, nasceram reações que não tardaram a manifestar-se. Hoje, lamenta-se, na realidade, a paralisia de poderes de que sofre o GIP a respeito do desbordante gigantismo do órgão acusatório. E o legislador cuidou de proceder a reparos: de um lado, tornando menos forte a regra de julgamento na audiência preliminar (Lei 105/1993); de outro, começando a atribuir ao GIP mais frequentes oportunidades de controle da atuação do Ministério Público, sobretudo em matéria de liberdade pessoal (art. 299, CPP, modificado pela Lei 332/1995)

Quanto à ideologia do direito às provas penais, não se pode certamente extrair da supressão da fórmula “verificação da verdade” a reação que conduziu a

Corte constitucional a reintroduzir o poder inquisitório do juiz sob a aparência de um inédito “princípio de não dispersão da prova” (Corte const. n. 111/1993). É, de resto, compreensível que, premidos pelo grito de dor de magistrados que lamentavam a perda de poderes, os Juízes da Corte Constitucional, educados numa cultura que faz do juiz penal o *dominus* da prova, tenham ficado no mínimo desorientados pela idéia de que os juristas da Comissão ministerial tivessem querido realmente construir um processo em que não se busca a verdade.

Os excessos de transparência lingüística ditados por furores ideológicos podem, portanto, criar problemas na interpretação de um novo sistema normativo.

5. Os institutos pensados ou elaborados pelos “juristas do código”

“O primeiro código inteiramente reformado depois do advento da República” (Vassalli, *Premessa al Progetto preliminare*, 1988) traz, portanto, os sinais de uma contribuição cultural que forjou sua arquitetura global, dando vida a um modelo original de processo acusatório. Ainda mais explícita é, porém, a manifestação da contribuição dos professores se se observam os institutos e as normas que contêm a disciplina dos particulares perfis do edifício processual.

Como não é possível nesta sede desenvolver um exame analítico de todas as áreas normativas fruto da elaboração dos juristas das Comissões ministeriais, bastará assinalar algumas matérias sobre as quais a influência daquele pensamento teve oportunidade de manifestar-se.

Emblemático é o caso do *corpus* normativo dedicado à prova. Nos oitenta e cinco critérios estabelecidos pela lei delegada de 1974, assim como nos 105 princípios contidos na de 1987, não há nenhuma referência à necessidade de

disciplinar de modo autônomo o procedimento probatório. O código contém, por sua vez, um livro inteiro, o terceiro, dedicado a esta matéria, de forma a dar origem, pela primeira vez no ordenamento processual da área continental, a um verdadeiro e próprio “direito às provas penais” inserido no sistema numa posição autônoma. Depois de quase dois séculos, nos quais o procedimento penal de estilo francês fora dominado pelo princípio do livre convencimento que tinha subtraído o fenômeno probatório de qualquer regulação normativa, teve lugar, no novo código, no rasto do que fora elaborado no Projeto de 1978, uma espécie de *law of evidence* organicamente concebida e sistematicamente ordenada em dois títulos, dedicados respectivamente aos “meios de prova” e aos “meios de pesquisa da prova”. Eles foram soldados juntos por um grupo de dispositivos gerais que traçam os fundamentos do procedimento probatório. As regras, em tema de admissão, colheita e valoração da prova – dispersas e confusas e até mesmo omissas no texto do Código de 1930, são agora reconduzidas a uma trama unitária com a finalidade de enfatizar que a prova é o coração do processo. Absolutamente original e destinada a ter um grande sucesso no léxico da delegação de 1987 e no texto do código, é, portanto, a sanção de inutilização, criada já no Projeto de 1978 para atingir o fenômeno da transgressão das proibições probatórias.

Um grandíssimo relevo tem, em suma, a regra segundo a qual “as provas são admitidas a pedido das partes”, fora dos casos em que a lei estabeleça que são admitidas de ofício (art. 190, CPP). É esta a norma-mãe do processo de partes ditada por uma “exigência de moralidade processual” (De Lucca, 25) contra a qual se enfileiraram de pronto os adversários do rito acusatório, conseguindo infelizmente fazê-la em pedaços com os recentes gol-

pes infligidos pela Corte constitucional com a sentença que ampliou desmedidamente a esfera de atuação dos poderes probatórios de ofício (sent. 111/1993).

Uma semelhante meta jamais teria sido atingida se os juristas do código não tivessem a seu lado uma notável literatura que, desde os ensaios de Franco Cordero até as contribuições de Giuliano Vassalli e Massimo Nobili, não tivessem dirigido uma penetrante crítica aos arbítrios cognoscitivos, tornados possíveis pela malha larguíssima do livre convencimento, patrocinando um retorno à legalidade probatória.

Um *corpus* normativo igualmente autônomo foi criado em matéria de liberdade pessoal. A avançada elaboração científica da matéria permitiu também aqui dimensionar um grupo de disposições gerais que, até mesmo em suas formulações literais, recordam as normas constitucionais e ou fontes internacionais de onde foram extraídas (art. 273: “ninguém pode ser submetido a medidas cautelares...”; “nenhuma medida pode ser aplicada...”). A previsão de regras gerais em tema de proporcionalidade e de gradualidade na escolha das medidas e a sistemática fundada na *summa divisio* entre medidas coercitivas e medidas de interdição revelam o sintoma de uma cultura requintada que nutriu o texto normativo graças a um conjunto de estudos efetuados com grande atenção aos princípios constitucionais.

Os sinais de inovação, promovida pelo pensamento dos juristas, observam-se também, de modo marcante, na disciplina dos denominados ritos diferenciados. Neste campo, por amor à verdade, faltava, por ocasião da redação do Projeto de 1988, uma literatura científica capaz de oferecer uma base adequada para fins de elaboração legislativa. Juízo abreviado e acordos, as verdadeiras e grandes novidades do capítulo dos procedimentos especiais, são institutos aos quais se conseguiu dar

uma fisionomia, debatendo-se com graves incertezas, na tentativa de louvar as exigências de celeridade sem desprezar as garantias do acusado. Sobre estes temas, foi bastante fecundo, dentro das Comissões ministeriais, o diálogo entre acadêmicos e magistrados, de cuja experiência vieram úteis indicações, sobretudo para a construção de um mecanismo, como o juízo abreviado, que não tinha nenhum *background* na nossa tradição e podia gabar-se apenas de uma longínqua parentela com o *summary trial* inglês.

Na especificidade dos diversos setores da codificação, há depois numerosíssimas normas que revelam a originalidade de contribuições doutrinárias totalmente independentes, seja dos modelos processuais dos códigos pré-vigentes, seja das diretivas precisas da lei-delegada que foi interpretada no plano sistemático. Basta pensar nas relações entre a ação civil indenizatória e a ação penal, disciplinadas de modo a impelir o lesado à escolha da sede civil (art. 75, CPP). São também inteiramente novos o sequestro preventivo (art. 321, CPP), a motivação fundamentada do dispositivo (art. 544, CPP) e a limitação do controle da cassação, possível apenas na falta ou na ilogicidade explícita da motivação resultante do texto do procedimento recorrido (art. 606, letra e, CPP).

Ao lado destas inovações, fruto da cultura dos professores, devem ser registradas as soluções legislativas que refletem o empenho ideológico e a sensibilidade dos magistrados das Comissões ministeriais. Já se mencionou mais acima institutos vinculados à filosofia da eficiência, conforme a índole de quem vive a experiência judiciária de forma direta (fixação da data da audiência de debates por parte do GIP; redução da competência do Tribunal do Júri; restrição da área de atuação da polícia judiciária: v. *retro* n. 3). Na mesma linha, colocam-se institutos como a vinculação

das investigações entre os diversos setores do Ministério Público (art. 371, CPP) e a transação na apelação (art. 599, § 4.º, CPP), idealizados pelos magistrados das Comissões ministeriais, baseados na sua experiência profissional.

Credita-se a um magistrado também a proposta de criar um mecanismo idôneo a incentivar o arquivamento da notícia do crime, por insuficiência de lastro probatório de suporte da acusação em juízo. A norma, inserida no art. 125 das disposições de atuação do CPP, foi elaborada por juristas da Comissão ministerial, mas teve sua fonte no pensamento de quem, justamente preocupado com a eficiência do sistema, se empenhava com interesse na preparação de um filtro ainda mais eficaz do que o constituído pela audiência preliminar.

É curioso que este dispositivo, ideado por um magistrado, foi, depois, nos debates que se seguiram à aprovação do código, hostilizado exatamente por outros magistrados atemorizados com o fato de que a regra do juízo de arquivamento acabasse por consagrar uma discricionariedade mascarada da ação penal, incompatível com a norma constitucional do art. 112 da Constituição, além de outras tradições de nosso ordenamento. A verdade é que a atitude hostil dos integrantes da magistratura contrários ao art. 125 das disposições de atuação do CPP derivava do propósito de não tornar de modo algum visível, através de uma explícita proposição normativa, uma gestão da ação penal que os Procuradores realizam com ampla flexibilidade, imposta pelas enormes cargas do trabalho judiciário.

Deve, por fim, ser recordado que, graças à contribuição de uma cultura totalmente externa aos acadêmicos puros, mas ancorada na experiência dos advogados, deu no código um desafio concreto à exigência de tornar o defensor protagonista de autônomas atividades investigatórias paralelas às do Ministério

Público. Com o art. 38 das disposições de atuação do CPP foi assim rompida uma enraizada regra deontológica que proibia aos defensores ter contatos com as testemunhas.

6. Vitórias e derrotas da cultura dos professores: da primazia à “perda de poder” consequente à entrada em vigor do código

Definida, assim, a influência que a cultura processualista penal teve na elaboração do Código de 1988, é mister que se faça uma outra reflexão, já antecipada mais acima (cf. § 1.º) a propósito dos efeitos que derivaram do inserimento amplo e ativo dos juristas no processo de produção legislativa.

Uma primeira consideração diz respeito ao perfil de atuação externa aos conteúdos da reforma. A presença de um núcleo homogêneo de estudiosos que, durante catorze anos, atuaram como constante ponto de referência de trabalho para o novo código, além das mudanças da situação político-parlamentar ou de governo, representou o real fator de força dos técnicos em relação às instâncias políticas.

A presença de um grupo compacto, mas sempre articulado pelas peculiaridades culturais dos integrantes e pela dialética inevitavelmente desenvolvida nas relações com os magistrados, originou, porém, os inconvenientes da obra coletiva. Um modelo de *one man code*, como o Código Rocco, redigido somente por Vincenzo Manzini, ou o esboço preparado pela pena solitária de Francesco Carnelutti garantem certamente uma maior homogeneidade estilística e uma perfeita coerência sistemática. De outro lado, porém, quando o trabalho coletivo é realizado por um grupo de estudiosos qualificados, cada um dos quais traz o patrimônio científico derivado de estudos aprofundados nos vários setores da

disciplina, o produto final pode apresentar alguma falta de homogeneidade ou solução de continuidade, mas assegura que, no texto normativo, se possa concentrar o máximo das potencialidades aplicativas.

Pode-se perguntar se o custo que deriva do recrutamento do jurista-legislador não seja por hipótese representado também pela sua tendência a favorecer "modelos abstratos" (cf. Corte const. n. 111/1993 e, sobre isso, *Giarda*, 889). A respeito, falou-se da "falácia tecnocrata" para definir a atitude do jurista convicto de que tudo possa ser revolido com a redação da norma sem levar em conta problemas advindos da aplicação prática do texto legislativo (*Friedman*, 18).

De um tal vício não parece certamente considerar-se de todo imune, como já foi afirmado (v. *retro*, § 3.º), o grupo de juristas do código. Induvidosamente, a confiança devolvida ao juiz de investigações preliminares, um garante das liberdades do investigado destituído de efetivos poderes sobre a atuação do Ministério Público e a atribuição a este de uma liberdade de investigar muitas vezes subtraída até mesmo ao rigor das formas, são sintomas de uma pureza iluminística que impediu de discernir possíveis degenerações. O antídoto a estas perspectivas ideológicas podia apenas ser representado por uma incisiva reforma do ordenamento judiciário que os autores do código não tinham condições de construir: não apenas porque a delegação permitia unicamente pequenos retoques do ordenamento judiciário, mas também porque qualquer tentativa de intervir nessa temática acabaria por colidir com o corporativismo hermético dos magistrados.

O verdadeiro limite vinculado à contribuição dos juristas em sede legislativa manifestou-se, porém, no caso do novo procedimento penal, quando o Projeto preliminar foi aprovado pelo Governo. A partir daquele momento, os juristas do

código perderam a legitimação para a interlocução com as instituições: faltou a originária posição de atores do processo de reforma. A fase *post codicem* foi dominada pelas repartições ministeriais sem a mediação dos juristas: os interesses primários eram, de um lado, o administrativo para o funcionamento da nova máquina processual; de outro, o político, para administrar as relações entre os operadores da justiça e para estudar a resposta adequada a respeito dos problemas cotidianos impostos pelas exigências de repressão da criminalidade.

É significativo, a respeito, que, embora tenha sido constituída pela norma do art. 7.º da lei-delegada uma Comissão composta quase inteiramente pelos mesmos redatores do código, com o encargo de propor dispositivos integrativos e corretivos do novo sistema normativo em respeito à mesma lei-delegada, os resultados deste trabalho foram bastante modestos. A atuação do código já tinha entrado plenamente na esfera político-administrativa.

A separação entre a *fase de redação*, caracterizada pela força, e a *fase de atuação*, marcada por uma intrínseca fraqueza dos acadêmicos, bastante próxima de uma marginalização, pode ter sido causada por uma atitude de recusa dos juristas de afrontar os problemas da aplicação das normas, na convicção de que "depois que a lei foi aprovada, não há mais espaço para o trabalho jurídico" (*Mader*, X). Pode ter tido, além disso, algum relevo a idéia, ditada pela prudência dos estudiosos, no sentido de ser oportuno esperar as "respostas" derivadas da aplicação prática antes de recolocar as mãos no sistema neonato. De resto, a provisoriedade reconhecida à nova normativa pela própria delegação, na medida em que previa sucessivas integrações e correções, dava motivo para considerar que o código fosse submetido a uma espécie de experimentação e por

isso mesmo, o enfraquecia aos olhos dos destinatários das normas e talvez ainda frente aos que o tinham elaborado.

Esta “perda de poder” dos juristas na fase sucessiva à entrada em vigor das normas tornou evidentemente mais fácil o fortalecimento da frente dos nostálgicos do rito inquisitório, representado sobretudo pelos membros da magistratura que viram nos equilíbrios instaurados entre acusação e defesa do novo sistema uma espécie de inconcebível falta de intromissão na gestão das provas em sede de debates.

Esta a razão do alargamento dos incidentes de legitimidade constitucional destinados a atingir o direito às provas penais, ou seja, à parte mais qualificada para efeito de caracterização do processo em sentido acusatório. Infelizmente, a Corte constitucional não permaneceu insensível ao grito de dor dos magistrados italianos e progressivamente restituiu ao Ministério Público e ao juiz da instrução os poderes de utilização das declarações extra-debates e de aquisição das provas de ofício que tinham sido abolidas para garantir o valor constitucional da posição de terceiro do juiz (sent. ns. 255/1992 e 111/1993).

Na onda emotiva de uma revisão do código em sentido regressivo, um intérprete chegou inclusive a sustentar que a Constituição incorporou o espírito do Código Rocco, posto que “contém — queira-se ou não — marcas da construção inquisitória do código de então” (Giarda, 901). Tal modo de raciocinar parece viciado pelo que foi definido de “falácia sociológica” consistente em considerar que qualquer reforma é impossível porque cada parte do sistema tem raízes históricas e sociais que impedem a sua mudança (Friedman, 18).

É, portanto, evidente o paradoxo que se delineou em consequência do movimento de revisão iniciado pelos pronunciamentos da Corte constitucional: o

Código de 1988 foi criado para dar atuação aos valores da Constituição; em nome dos mesmos valores, o código é agora demolido nas suas partes mais vitais.

O destino dos juristas do código parece, portanto, bem singular: a sua cultura de fonte constitucional afirma-se na elaboração das normas, mas é derrotada na atuação do sistema por uma ideologia de perfil oposto que se nutre da mesma tábua de valores.

Bibliografia

- CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2. ed., Torino, 1990.
- CHIAVARIO, *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1994.
- CHIAVARIO, “La soppressione del ‘juge d’instruction’ nel Progetto Del-mas-Marty”, in *Ind. pen.*, 1993.
- W. DALE, *Legislative drafting — A new approach*, London, 1977.
- DE LUCCA, “Cultura della prova e nuovo costume giudiziario”, in *Il nuovo processo penale della codificazione alla attuazione*, Milano, 1991.
- L. M. FRIEDMAN, “Sociology of law and legal history”, in *Soc. dir.*, 1989, n. 2.7.
- GIARDA, “‘Astratte modellistiche’ e principi costituzionali del processo penale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 889.
- GIULIANI, “Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo”, in *Soc. dir.*, n. 2-3, 81.
- LA SPINA, “I costi della decisione. Per una sociologia dell’attività legislativa”, in *Soc. dir.*, 1987, n. 3, 49.
- L. MADER, *L’évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lousanne, 1985.
- PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Milano, 1989.
- D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.
- C. VARGA, *Codification as a socio-historical phenomenon*, Budapest, 1991.