

# INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MODELO PARA IBERO-AMÉRICA NA LEGISLAÇÃO LATINO-AMERICANA. CONVERGÊNCIAS E DISSONÂNCIAS COM OS SISTEMAS ITALIANO E BRASILEIRO

Ada PELLEGRINI GRINOVER

**SUMÁRIO:** I. *O processo penal latino-americano rumo ao modelo acusatório*; II. *O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América*; III. *A influência do Código Modelo nas reformas legislativas: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Guatemala e Uruguai*; IV. *Convergência com o novo processo penal italiano*; V. *O processo penal de emergência na Itália*; VI. *O processo penal brasileiro: pontos de confluência com o novo modelo acusatório latino-americano*; VII. *Segue: pontos de dissonância*; VIII. *Conclusões*.

## I. O PROCESSO PENAL LATINO-AMERICANO RUMO AO MODELO ACUSATÓRIO

Pode-se afirmar que na América Latina, até pouco tempo atrás, o processo penal dos países de origem espanhola e o do Brasil diferiam profundamente.

Nos sistemas de raiz hispânica os ordenamentos processuais ainda se inspiravam nas últimas leis espanholas de características nitidamente inquisitórias, anteriores à grande reforma processual penal de 1882 que, pela via da *Lei de Enjuiciamiento Penal*, introduziu na Espanha o movimento reformador da Europa continental. Nem mesmo os princípios e garantias das Constituições republicanas conseguiram ocasionar a reformulação dos códigos, deixando de permeá-los com os postulados que deveriam decorrer de sua concepção política (nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; juízo público e oral; participação popular na administração da Justiça, etc.). E os estatutos processuais penais continuaram a abrigar um procedimento por registros escritos, informado pela ampla delegação de funções( mantendo, pelo menos na primeira fase procedimental, os juizados de instrução, escritos e secretos, incumbidos de colher as

provas sem a necessária presença do juiz natural. Única exceção, já quase na metade do séc. XX, foi o Código de Processo Penal da Província de Córdoba (Argentina), sancionado em 1939, que estabeleceu um juízo público, oral, contraditório e contínuo.<sup>1</sup>

No Brasil, pelo contrário, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832 já espelhavam as idéias liberais da época. E, embora inaugurando discretamente um procedimento penal *ex officio* e mantendo a fase inquisitória prévia, instituíram o *habeas corpus* e o Júri popular. Mas foi com a Constituição republicana de 1891, profundamente influenciada pelo sistema norte-americano, que se procedeu à reforma do processo penal, por intermédio de diversos códigos estaduais, permeados por alguns princípios da *common law*, de modo a abolir-se a fase inquisitória dos juizados de instrução e a se reforçarem as garantias da defesa. E finalmente o Código de Processo Penal unitário de 1941 —quanto promulgado entre a crise das ideologias liberais e as escolhas autoritárias— manteve-se fiel ao modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar e com a supressão dos juizados de instrução secretos, preservando as instituições do *habeas corpus* e do Júri popular.<sup>2</sup>

Todavia, a partir dos anos '90, notável tendência rumo ao modelo acusatório começou a fazer-se sentir também nos ordenamentos da América espanhola, tendência essa já consagrada em diplomas e projetos legislativos e inspirada, sem dúvida, nas idéias recolhidas no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, apresentado às XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual (Rio, 1988).<sup>3</sup>

Mas, de que modelo acusatório se trata? Antes de passar a examinar esses diplomas e projetos legislativos, assim como sua principal matriz e fonte de inspiração —o Código Modelo—, será oportuno estabelecer os elementos caracterizadores do sistema acusatório moderno, para distinguí-lo do inquisitório.

<sup>1</sup> Ver, de nossa autoria, o Relatório Geral apresentado às XII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Mérida (Espanha), em maio de 1990, publicado sob o título "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América" in *Revista de Processo*, n. 58, 1990, p. 121.

<sup>2</sup> Pellegrini Grinover, Ada, "Lineamentos. . .", ps. 121/122.

<sup>3</sup> O Código Modelo foi publicado em português na *Revista de Processo* de 1991: vol. 61 (Exposição de Motivos, 1a. parte, ps. 109-143); vol. 62 (2a. parte, ps. 170-193), vol. 63 (3a. parte, ps. 103-137) e vol. 64 (4a. parte, ps. 108-144).

A ambiguidade e a indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Mas pode-se afirmar, sinteticamente, que o que distingue o modelo acusatório do inquisitório é que, no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos diferentes, enquanto no inquisitório as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que já falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não ser processo genuíno, mas sim forma autodefensiva da administração da Justiça.<sup>4</sup> Onde aparece o sistema inquisitivo poderá haver investigação policial ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca um processo.

Decorrem desse conceito sintético diversos corolários: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do acusador, não podendo ingressar nos autos e ser valorados como provas (salvo se se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar, que serão submetidas ao contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz (o que corresponde ao aforismo romano “*nemo in iudicio tradetur sine accusatione*”); c) todo o processo há de desenvolver-se em contraditório, perante o juiz natural.

Já se notou que as características do sigilo e da forma escrita não são próprias nem peculiares do sistema inquisitório e muito embora não seja este acompanhado, via de regra, pela oralidade e pela publicidade, tais formas não são essenciais a nenhum dos dois sistemas.<sup>5</sup> Todavia, não resta dúvida de que a publicidade dos atos processuais é considerada, hoje, garantia inerente ao *devido processo legal*, não só por tutelar os direitos das partes, mas sobretudo por assegurar o controle popular sobre o exercício da jurisdição; e a forma oral é a técnica que melhor se coaduna com a otimização da prestação da função jurisdicional, sobretudo com vistas aos corolários que só o processo oral pode garantir (imediação, concentração e identidade física do juiz).

<sup>4</sup> Alcalá-Zamora, “Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción”, in Estudios en honor de Alsina, 1946, p. 791, nota 83.

<sup>5</sup> Tornaghi, Helio, *Compêndio de processo penal*, II, 1967, ps. 559-560.

## II. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MODELO PARA IBERO-AMÉRICA

Como já tivemos oportunidade de escrever,<sup>6</sup> a uniformidade legislativa de comunidades culturais homogêneas, assentadas sobre bases comuns malgrado as características próprias de cada país, constitui uma velha aspiração, que retoma alento com a ênfase contemporânea à necessidade de integração cultural e política dos Estados em comunidades supra-nacionais (comunidades européia, ibero-luso-americana, latino-americana, etc.). Mas a busca de uniformização, tendo contra si as resistências nacionalistas, constitui um processo lento, sem resultados imediatos e concretos, aconselhando a elaboração de propostas de integração imediatamente operantes, ainda que menos ambiciosas.

É este o sentido de um Código Modelo, configurando um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito a dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o sigilo e a ausência de imediação, características que repugnam ao processo penal moderno.

O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América procura servir de base a uma impostergável política renovadora, recolhendo a tradição cultural que desde o início tem inspirado o processo uniformizador. Parte, assim, das propostas das “Quintas Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual” (Bogotá-Cartagena, 1970), que haviam acolhido como bases principais as lançadas por Niceto Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba. Estas bases, junto com as de Clariá Olmedo e Velez Mariconde (Bases para a unificação legislativa em matéria processual penal na América Latina), para cujo

<sup>6</sup> Pellegrini Grinover, Ada, “Lineamentos...”, ps. 124-126.

aperfeiçoamento muito colaborou Víctor Fairén-Guillén, foram depois retomadas por Comissões formadas por Fairén-Guillén, José Frederico Marques, Fernando de la Rúa, Julio Maier e, mais tarde, Ada Pellegrini Grinover e Jayme Bernal Cuellar.

A elaboração técnica das referidas bases, sob forma de Código Modelo, foi levada a termo, nesses últimos anos, por Julio Maier e Fernando de la Rúa e posteriormente revista pelo mesmo Julio Maier e por Ada Pellegrini Grinover, que se serviram de colaboradores argentinos e brasileiro.

O Projeto final, apresentado às “XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual” (Rio de Janeiro, 1988), além de calcar-se nas aludidas bases, inspira-se no Código de Processo Penal da Alemanha, sem descurar as tendências evolutivas do processo penal espanhol, português, italiano e francês. E, com relação aos direitos fundamentais e aos princípios políticos, fundamenta-se nas Declarações e Pactos internacionais mais importantes — desde as Declarações Universais à Convenção Européia e à Americana de São José da Costa Rica.

O Código distribui seu conteúdo em seis livros. O primeiro, dedicado às Disposições Gerais, contém três títulos (subdivididos em capítulos, integrados por seções). Os títulos do Livro Primeiro são os seguintes: título I, Princípios fundamentais; título II, Sujeitos e Auxiliares; título III, A atividade processual.

O livro segundo (O procedimento comum) é também dividido em três títulos que cuidam, respectivamente, da preparação da ação pública, do procedimento intermédio e do juízo.

O livro terceiro, voltado às impugnações, é formado por quatro títulos: Disposições gerais, Reconsideração das decisões, Cassação e Revisão.

O livro quarto trata dos procedimentos especiais, contendo os títulos I (Procedimento abreviado), II (por crimes de ação privada), III (menores) e IV (para a aplicação exclusiva de medida de segurança).

Em apêndice aos primeiros quatro livros, encontram-se as matérias relativas ao procedimento em contumácia, aos tribunais de jurados, ao procedimento contravencional e ao *habeas corpus*, que visam a dar maior flexibilidade ao Código, para respeitar as peculiaridades locais.

O livro quinto versa sobre a Execução, sendo o título I dedicado à execução penal e o II à execução civil.

Finalmente, o livro sexto, subdividido em dois títulos, trata das custas e das indenizações ao imputado.

Traçadas em grandes linhas, assim podem ser sintetizadas as características fundamentais do Código: *a) a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado*, no pleno acolhimento dos princípios do devido processo legal; *b) a adoção do modelo acusatório*, com a nítida separação entre as funções de julgar, acusar e defender; *c) a transparência dos procedimentos*, gerada por um juízo público e oral e pela presença ininterrupta dos protagonistas do processo, juízo este em cujo transcurso se incorpora o único material probatório que pode servir de base à sentença; *d) a busca da eficácia do processo*, entendida, de um lado, como eficiência na persecução penal e, de outro, como efetividade das garantias processuais; *e) a desburocratização da organização judiciária*, implicando a luta contra a delegação de funções e a personalização do exercício da função jurisdicional, bem como, na medida do possível, a horizontalização dos tribunais, com a preferência pelos controles externos; *f) a participação popular* na administração da justiça, consoante os sistemas próprios dos regimes constitucionais; *g) diversos mecanismos de seleção de casos*, com a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, pela adoção da oportunidade regulada por lei e sujeita ao controle jurisdicional; com a possibilidade de suspensão condicional do processo, pelo período de prova; com os procedimentos abreviados para as infrações menores, tudo de modo a excluir rapidamente do sistema uma grande percentagem de casos; *h) a globalidade da reforma*, porquanto o Código supõe uma nova organização judiciária, com a necessária reestruturação da justiça penal (tribunais, Ministério Público, defensorias, serviços da justiça).

### III. A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO NAS REFORMAS LEGISLATIVAS: ARGENTINA, COLÔMBIA, COSTA RICA, GUATEMALA E URUGUAI

Apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988 (Rio de Janeiro), o Projecto foi profundamente estudado e amplamente discutido nas XII e XIII Jornadas, realizadas respectivamente em Mérida, Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, México, em 1992. Foi objeto de apresentação e publicação na Itália, ao ensejo do Encontro Preparatório realizado em Roma, em 1990, sob os auspícios do *Con-*

*siglio Nazionale delle Ricerche* (Projeto Itália-América Latina), tendo também sido exposto em suas linhas gerais no Seminário de Turim (Itália) sobre “Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero”. E foi analisado e debatido por processualistas penais italianos e ibero-americanos no Congresso internacional que lhe se dedicou inteiramente (“Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina” — Roma, 1991).

É certo que o Código Modelo tem recebido generosa acolhida e manifestações de amplo consenso e apoio por parte de especialistas latino-americanos e europeus.<sup>7</sup> Mas importante será aferir até que ponto seus princípios e modelos têm influido sobre a nova legislação da América Latina. É o que se passa a verificar.

### 1. Argentina

Os novos Códigos argentinos de Processo Penal trazem a marca, maior ou menor, do Código-Modelo.

O primeiro a ser promulgado foi o *Código de Processo Penal federal* (*Código de Proceso Penal de la Nación*, Lei 23.984 de 1991), que se encontra em plena vigência.

O Código resulta do Projeto Levene, e não do Projeto apresentado por Julio Maier, que era todo calcado no Código Modelo. E, como atesta Jorge E. Vázquez Rossi,<sup>8</sup> o projeto aprovado não é seguramente o que melhor respondia ao estado atual das ciências processuais, nem o que havia recolhido maiores elaboração e consenso; mas, apesar disso, o novo Código representa notável progresso com relação ao anterior, principalmente em virtude de importantes modificações introduzidas durante a elaboração legislativa.

Com efeito, muitas posições do Código Modelo foram introduzidas no Projeto Levene, daí resultando um estatuto processual bastante distanciado do Código anterior, calcado como era numa sequência processual inquisitória, com total predomínio da etapa instrutória, lento e formalista, desprovido de contraditório autêntico

<sup>7</sup> Ver, a esse propósito, os dois livros de relatórios e comunicações que reúnem os trabalhos apresentados ao Congresso Internacional de Roma “Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina”, Ricerche Giuridiche e politiche, Materiali, v. 2 e 3, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-Brasile, Roma, 1991.

<sup>8</sup> Vázquez Rossi, Apresentação ao Código, in Vázquez Rossi, Pessoa e Chiara Díaz, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni cd., 1991, ps. 7-8.

e ainda preso a um regime probatório com reminiscências do sistema de provas legais. Normas fundamentais do novo Código consagram os princípios do juiz natural, do *nulla poena sine iudicio*, da presunção de inocência, da proibição de múltiplas perseguições, do *in dubio pro reo*, da interpretação restritiva das medidas limitadoras de direitos. O Ministério Público é o titular da ação penal pública e têm potenciadas suas funções. O imputado e seu defensor assumem posições proeminentes no processo. A vítima é legitimada à ação penal, ao lado do MP, como parte acusadora, podendo também constituir-se em parte civil.

O Código, embora mantenha o juizado de instrução, a cargo de um juiz, cede nesse ponto a idéias mais modernas: prevê na fase processual de instrução a presença do MP e do acusado, assistido e assessorado pelo defensor, podendo este propor medidas, interpor exceções, solicitar a revogação de provimentos prisionais e impugnar as decisões do juiz de instrução. O sigilo da fase instrutória, excepcional, é consentido pelo prazo máximo de dez dias, não podendo recair sobre os atos irrepetíveis ou aqueles em que tenha intervindo o próprio acusado (interrogatório, acareações ou reconstituições). Aceitando as tendências doutrinárias predominantes, o Congresso introduziu no Projeto a possibilidade de a investigação prévia ficar a cargo do MP, dispensando-se nesse caso a instrução formal.

Encerrada a instrução e recebida a causa pelo tribunal, desenvolve-se a fase do juízo, compreensiva de atos preliminares e do debate, este público a oral, todo permeado pelos princípios da imediação e da concentração. É aqui que o contraditório encontra sua plenitude, com a presença e assistência obrigatórias do MP, do acusado e do defensor. A nova lei, na melhor tradição do processo penal argentino, não admite processo à revelia, exeto para a fase de instrução.

Além do procedimento ordinário, o Código prevê os procedimentos especiais das contravenções, de menores e para delitos de ação privada.

Os recursos previstos são o pedido de reconsideração, para o mesmo tribunal; a apelação, só com relação aos provimentos do juiz da instrução, às decisões interlocutórias ou aos provimentos que possam causar dano irreparável; a cassação, para os casos de inobservância ou errônea aplicação da lei material ou da lei processual, com relação aos vícios sancionados pela nulidade; o recurso por inconstitucionalidade; o recurso de queixa contra a denegação da apelação, da cassação ou do recurso por inconstitucionalidade; e a revisão

criminal somente em favor do condenado. Assim, coerente com o princípio da oralidade ínsito no debate, a nova lei optou pela solução do Código Modelo, restringindo a recorribilidade, em certas hipóteses, ao reexame de questões de direito.

Finalmente, com relação à execução penal, o Código toma posição franca quanto à sua jurisdicionalização.

Pode-se dizer, em conclusão, que o Código federal argentino, conquanto não tenha recepcionado em sua inteireza as formulações do Código Modelo, mantendo-se ainda numa posição intermediária entre o procedimento misto e o acusatório, foi permeado por muitas das idéias contidas no modelo cunhado para Ibero-América. E é importante ressaltar que, mesmo mantendo a fase de instrução formal (que, aliás, poderá ser substituída pela investigação preliminar), não deixou de abri-la a uma certa participação das partes, tentando fugir do modelo inquisitório e secreto do Código anterior.

Muito mais efetiva e direta foi a influência do Código Modelo nos novos *Códigos de Processo Penal das Províncias de Tucumã, de Córdoba e de Santiago del Estero* e no *Projeto para a Província de Buenos Aires*.

Todos esses diplomas têm, como característica comum, o fato de a persecução penal iniciar-se com um procedimento administrativo preparatório a cargo do MP que, como titular da ação penal pública, realiza a investigação sobre a qual se baseará a acusação. Essa investigação prévia substitui a instrução formal, na qual, com resquícios inquisitivos e numa mescla de funções, é o juiz quem investiga e valora sua própria investigação. Assim se buscou, ao mesmo tempo, fortalecer o modelo acusatório e ganhar em agilidade e efetividade, no pleno respeito das garantias fundamentais.

Terminada a fase de investigações, passa-se ao processo judicial, que, em alguns dos Códigos em tela, se inicia com uma fase intermediária, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação. Trata-se da etapa crítica sobre as conclusões do MP quanto à investigação preliminar, em que também se examina a validade formal da acusação e se resolvem todas as questões atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, bem como à intervenção dos sujeitos processuais. O tribunal (ou o juiz) tem a faculdade de determinar o arquivamento da denúncia ou de absolver antecipadamente o acusado, além de exercer o controle sobre o pedido de arquivamento do MP, podendo determinar que este acuse ou, se apresentou a denúncia, que modifique o conteúdo da acusação.

A fase do juízo, a cargo de tribunal diverso do órgão incumbido da fase intermédia, desenvolve-se através de audiências orais, contínuas e públicas, com imediação e concentração probatórias. Sua regulamentação aproxima-se das fórmulas do direito anglo-saxão, embora não se acolha a *cross examination*. Prevê-se a cisão entre o debate inicial sobre a culpabilidade do acusado e outro posterior, sobre a pena a ser aplicada.

Alguns desses diplomas prevêm, para a fase do juízo, a composição mista do tribunal, integrado por juízes togados e leigos, respeitando-se assim o mandamento constitucional argentino. Alguns Códigos possibilitam ao ofendido a intervenção no processo também a título de parte civil.

Todos mantêm sistemas recursais semelhantes, com a apelação limitada a certas decisões — do tribunal ou juiz da fase intermédia, às interlocutórias ou a provimentos que possam causar dano irreparável. Da sentença cabe, via de regra, apenas recurso de cassação, em matéria de direito, firmando-se a posição mais consentânea com o verdadeiro processo oral, direcionado a um juízo de instância única sobre os fatos, de todo conveniente desde que o julgamento de primeiro grau seja confiado a órgão colegiado, sobretudo quando integrado por juízes togados e leigos.

Vários diplomas legislativos contemplam procedimentos abreviados para infrações penais mais leves, eliminando, com a necessária concordância das partes, o debate oral, público e contraditório, pelo que se passa imediatamente da fase intermédia à sentença. A sentença, nesse caso, é impugnável mediante recurso de cassação, quando cabível.

No processo por delitos de ação privada, desaparece a fase investigativa prévia, podendo o querelante pedir a abertura de um pequeno inquérito perante o próprio tribunal do juízo.

A execução é totalmente jurisdicionalizada, aplicando-se, quanto ao mais, todos o princípios e fórmulas do Código Modelo.

## 2. Colômbia

Não houve qualquer influência do Código Modelo no *Código de Procedimiento Penal* de 1991 (decreto n. 2.700), em vigor na Colômbia.

Se é que houve algum esforço do novo estatuto processual no sentido de aproximar-se do modelo acusatório,<sup>9</sup> certamente não foi ele bem sucedido. Na verdade, daí resultou um sistema misto, em que a etapa da investigação prévia, preliminar à instrução, assim como a própria instrução processual, sigilosa, são atribuídas ao MP. O inquisidor, no caso, não é o juiz de instrução mas O MP, também competente para as providências cautelares, inclusive prisionais, o que não serve, evidentemente, para reverter os termos da problemática dos juizados de instrução clássicos, mas somente agrava a situação, por não haver controle jurisdicional nessa etapa. E o que é mais grave é que as provas, colhidas pelo MP, ingressam francamente na fase posterior do julgamento em audiência pública, a teor do art. 449, que determina a leitura da acusação e das demais peças do processo, por solicitação das partes ou determinação do juiz.

O sistema recursal também é o clássico, até porque não se poderiam esperar, nesse sistema de colheita de provas não contraditórias, grandes preocupações com a oralidade.

Diga-se, em favor do novo Código, da previsão de ações civis populares reparatórias de danos coletivos, cumuladas à ação penal; da fixação de indenização civil na sentença que declare a responsabilidade penal do acusado; da tentativa de conciliação, na fase investigatória, cuja obtenção inibe a instrução, nas infrações penais que admitem desistência; da preclusão da fase de instrução ou da extinção do processo penal, quando haja indenização total à vítima dos crimes de homicídio ou lesões corporais culposas; da jurisdicionalização da execução penal.

Finalmente, diversas normas do Código atendem aos reclamos da luta contra a criminalidade organizada, tão importante na Colômbia, ditando regras específicas para o *processo penal de emergência*. Entende-se preocupação do novo estatuto processual, diante de situações críticas enfrentadas pelo país com relação ao narco-tráfico, mas certamente preocupam normas como as que instituem a proteção da identidade de funcionários diversos do MP (art. 158); ou a figura de *testemunha sem rosto*, da qual se consignará em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado exclusivamente pelo MP, que deverá indicar os elementos que possam servir ao juiz

<sup>9</sup> Foi o que resultou das intervenções de juristas colombianos (como Jesús Sanguino e Flores Gacharná) no debate ocorrido durante as XIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas em Cuernavaca (México) em agosto de 1992.

ou ao próprio MP para valorar a credibilidade da testemunha (art. 293); ou, ainda, o interrogatório sem a presença do advogado, na fase instrutória, quando o imputado estiver correndo perigo de morte (art. 355). O Código acolhe ainda, mas isso é positivo, as tendências do *direito premial*, possibilitando a redução da pena da eventual condenação em um terço, quando houver confissão, na primeira versão do imputado, perante o funcionário judicial (que pode ser o MP), fora dos casos de prisão em flagrante (art. 299).

### 3. *Costa Rica e Guatemala*

Ao contrário do que ocorreu na Colômbia, onde o novo Código foi refratário aos princípios e técnicas do sistema acusatório, os *Projetos de Código de Processo Penal da Costa Rica e da Guatemala*, ambos no Congresso Nacional, adotam integralmente as posturas do Código Modelo para Ibero-América.

Eximimo-nos, por isso, de referir as peculiaridades dos dois Projetos, inteiramente calcados no Código Modelo, cujas linhas fundamentais já foram apresentadas.

### 4. *Uruguai*

Nesse país, o *Projeto de Código de Processo Penal*, embora incorporando algumas idéias do Código Modelo, preferiu ficar a meio caminho, preservando a fase da instrução formal, a cargo de um juiz, mas banhando-a com as garantias da publicidade e do contraditório. Isto quer dizer que as provas colhidas perante o juiz de instrução, em contraditório, podem ingressar na fase do juízo, público e oral.

O sistema, assim, apresenta similitudes com o do Código federal argentino de Processo Penal, marcando uma postura intermediária, com a instrução formal contraditória, mas perdendo em imediação do juiz do mérito com as partes e as provas, em concentração, identidades física e verdadeira oralidade. O que não deixa de causar espécie, em um país cujo *Código General del Proceso* (lei 15.982/89), em pleno vigor para o processo civil e todo calcado no Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América, representa o que de mais notável existe hoje na América Latina em matéria de processo por audiências públicas, verdadeiramente oral e concentrado, garantindo a imediação e a identidade física do juiz.

#### IV. CONVERGÊNCIA COM O NOVO PROCESSO PENAL ITALIANO

Não é difícil colher vários pontos de convergência do novo modelo acusatório latino-americano com o processo penal instituído na Itália pelo Código de 1988, aprovado por Decreto do Presidente da República (DPR n. 447 de 22 de setembro).

Podem-se assim resumir tais pontos de convergência:

a) Abandono do processo misto. Abandonada a fase de instrução, as investigações prévias (*indagini preliminari*) são confiadas ao MP, auxiliado pela polícia judiciária. Nenhum valor probatório é atribuído aos elementos colhidos durante o inquérito, que serve exclusivamente para formar o convencimento do MP para a acusação, salvo no que tange à produção antecipada de provas, em contraditório. Chega-se à total indiferença para o processo dos elementos colhidos na fase do inquérito, utilizando-se a técnica de eliminá-los dos autos que se formarão para o julgamento pelo tribunal, com exceção do corpo de delito, das provas irrepetíveis e das antecipadas em incidente probatório. As medidas cautelares, nessa fase, são da competência do juiz das investigações prévias (*GIP*).

Encerrada a fase administrativa, se o MP solicita o arquivamento, o juiz das investigações preliminares, não concordando, providencia a realização de audiência contraditória perante a *Camera di Consiglio*, podendo finalmente determinar, sem embargo dos controles internos do próprio MP, que este formule a acusação.

Tanto nesta hipótese, como na de o MP requerer o *rinvio a giudizio*, o processo começa pela *audiência preliminar*, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação e ao saneamento do processo. Nessa fase, em que não se despreza a documentação relativa às investigações preliminares, o juiz (diverso do *GIP*) decide a respeito das condições da ação e dos pressupostos processuais, ouvindo o MP sobre os fundamentos da acusação e interrogando o acusado, a pedido deste. Se necessário para o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz da audiência preliminar poderá admitir a produção de provas sumárias pelas partes. O MP pode modificar a acusação, na conformidade do que resultar da audiência preliminar, com contestação pela defesa. O juiz procede então imediatamente à leitura de seu provimento, podendo determinar o *non luogo a procedere*, caso não acolha a acusação. A decisão de *non luogo a proceder* é apelável a impugnável pelo recurso de Cassação, inclusive por parte do acusado, salvo, para este, no caso de declaração de inexistência do fato

ou da autoria (mas sim quando se trate, por exemplo, de extinção da punibilidade).

Sendo recebida a denúncia, formam-se os autos para a fase sucessiva, os quais somente podem conter, como provas, o corpo do delito, as não repetíveis (colhidas pela polícia judiciária ou pelo MP) ou as antecipadas em incidente probatório.

A partir daí, para o processo comum, inicia-se a fase do *juízo*, conduzida por um tribunal e calcada na verdadeira oralidade, com todos os seus corolários, sendo as provas, todas orais, produzidas em contraditório pleno, inclusive pela *cross examination*. Privilegiam-se os princípios dispositivo e da autonomia da vontade, de modo a reduzir bastante, na colheita da prova, os poderes instrutórios do tribunal, meramente supletivos.

b) Simplificação dos procedimentos. Os procedimentos especiais. Au autonomia da vontade. O esforço por uma justiça transparente e tempestiva serve de modelo para todos os procedimentos, inclusive o comum. Mas a primeira escolha do legislador italiano é a dos procedimentos especiais, quase que a forçar essas soluções, antepondo-as até topologicamente ao *juízo*, próprio do processo comum.

ão os seguintes os procedimentos especiais: *giudizio abbreviato*, *applicazione della pena su richiesta delle parti*, *giudizio direttissimo*, *immediato e per decreto*.

O *juízo abreviado* configura caso de disponibilidade das partes *sobre o procedimento*: de comum, acordo, podem elas requerer ao juiz que a causa seja definida na audiência preliminar e o juiz, se o reputar possível, proferirá um verdadeiro julgamento antecipado da lide, exatamente da forma contemplada pelo Código Modelo para Ibero-América e pelos novos Códigos provinciais argentinos: só que, na Itália, o procedimento abreviado pode aplicar-se a qualquer tipo de crime — até mesmo ao punido pela pena de prisão perpétua — e, sendo a sentença condenatória, o caso será de redução especial da pena. A apelação da sentença, nesse procedimento, é limitada.

Na *aplicação da pena a pedido das partes* (ou *patteggiamento*), a disponibilidade ocorre sobre a própria *aplicação da pena*: acusação e defesa transigem, concordando a respeito da aplicação de uma sanção substitutiva ou pecuniária ou de uma pena detentiva, mesmo cumulada com a pecuniária, que, levando em conta as circunstâncias e diminuída até um terço, não supere o máximo de dois anos. O juiz examina a proposta e, se não houver causa extintiva da punibilidade e se se convencer da exata qualificação jurídica dos fatos e

da correção do cálculo da pena, aplicá-la por sentença. O acordo não exclui a suspensão condicional da pena, quando cabível. A transação pode ocorrer no curso das *indagini preliminari* ou em qualquer momento processual, até em segundo grau. Mesmo se o MP não concordar com a proposta do acusado, o juiz pode aplicar a pena, se considerar injustificada a recusa e congruente a sanção. A aplicação da pena não comporta condenação nas despesas processuais nem aplicação de penas acessórias ou medidas de segurança, não tendo eficácia nos juízos cíveis ou administrativos, mesmo se efetuada após o encerramento do debate. Decorridos os prazos de cinco anos, para crimes, ou de dois, para contravenções, a punibilidade se extingue, se não houver nova prática de crime ou de contravenção da mesma espécie. Com a punibilidade, extingue-se qualquer efeito penal da pena e, de qualquer modo, sua aplicação não obsta à sucessiva suspensão condicional da pena.

O *juízo direttissimo* é outra técnica de disponibilidade sobre o *procedimento*, destinada aos casos de prisão em flagrante ou de confissão. No caso de flagrância, O MP pode apresentar o preso perante o juiz para a convalidação da prisão. Se o flagrante for mantido, eliminam-se as fases das investigações prévias e da audiência preliminar e se passa imediatamente à fase do juízo. Relaxada a prisão, só se procede mediante juízo *direttissimo* se houver concordância de ambas as partes. O MP também pode requerer o juízo *direttissimo* nos casos em que a flagrância já tiver sido convalidada. Mas, em qualquer caso, se o acusado preferir o juízo abreviado, o próprio juiz do debate observará as disposições previstas para a audiência preliminar, julgando antecipadamente a lide, quando possível, ou indicando às partes os elementos ainda necessários para o julgamento.

Outro tipo de procedimento especial é o *juízo immediato*: encerradas as investigações preliminares e sendo evidentes os elementos probatório, o MP, após o interrogatório do acusado, pode requerer o *juízo immediato*, resguardada igual faculdade ao acusado. Nesses casos, dispensa-se a audiência preliminar, salvo quando o acusado preferir o juízo abreviado ou o *patteggiamento*, passando-se imediatamente à fase do juízo.

Finalmente, o *procedimento por decreto*, aplicável apenas às infrações apenadas com sanção pecuniária — ainda que substitutiva da detentiva—, configura o juízo monitorio, previsto também pelo Código Modelo para Ibero-América e por alguns dos novos Códigos

provinciales argentinos: O MP pode encaminhar ao juiz das investigações preliminares pedido motivado de decreto penal condenatório, indicando a medida da pena e a eventual pena acessória. Expedido o decreto condenatório, o acusado pode oferecer oposição e, contemporaneamente, requerer o juízo imediato, o abreviado ou o *patteggiamento*. Se só se opuser, sem nada requerer, o rito será o do juízo imediato, tornando-se sem efeito o decreto condenatório.

c) Processo penal como processo de partes. Como se viu nos pontos a) e b) acima, a supressão da figura bifronte do juiz instrutor, a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, tudo converge para o moderno modelo acusatório, em que as partes parciais e o juiz desempenham funções próprias e precisas.

Alguna preocupação permanece para o sistema italiano, onde o MP e o juiz continuam integrando a mesma carreira da magistratura. Perguntávamo-nos, em Simpósio realizado na Itália, se o MP não seria visto pelo juiz como um “colega”, ocupando posição proeminente com relação à defesa e pondo em risco a *par condicio*; <sup>10</sup> e nossa preocupação era compartilhada pelos juristas italianos.

Em contrapartida, o reforço da função defensiva é evidente tanto no modelo italiano como no latino-americano. Claro é que, em qualquer país, será necessário estruturar os sistemas de defesa aos necessitados (do ponto de vista econômico e também jurídico), para possibilitar efetivamente o pleno exercício da defesa técnica, ao lado da autodefesa.

d) Direito das provas e direito das medidas restritivas da liberdade. Quer o Código italiano, que o novo modelo latino-americano encontram no direito probatório e na limitação às medidas restritivas da liberdade a mola propulsora de todo o processo penal de enfoque garantidor.

A questão do relacionamento entre os elementos probatórios colhidos na fase preliminar e o processo é enfrentada de maneira análoga, ou seja no sentido de que não são provas, que possam lícitamente ingressar no processo, os elementos informativos colhidos nas investigações preliminares.

O ponto nodal da passagem das provas pelas várias fases da persecução penal e do processo é resolvido, no Código italiano, no sen-

<sup>10</sup> V. Atas do Seminário de Turim sobre “Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero” e nosso relatório (Lineamenti generali del nuovo processo penale in América Latina e punti di convergenza col modello italiano), Giuffrè, 1991, ps. 165-166.

tido de que os elementos probatórios colhidos nas *indagini preliminari* somente são examinados pelo juiz da audiência preliminar, que val julgar a respeito da admissibilidade da acusação. Mas para o debate formam-se autos novos que não os contém, com exceção das provas irrepetíveis, das produzidas em contraditório no incidente probatório e do corpo de delito.

As medidas restritivas da liberdade, tanto nos novos processos acusatórios da América-Latina, como no direito italiano, também são tratadas de forma análoga: a prisão cautelar é excepcional, respondendo ao critério da necessidade estrita, e subordinada a precisas limitações temporais, assim como à indenização pelo encarceramento injusto ou de qualquer modo indevido.

Resulta daí que o direito das provas e das medidas restritivas da liberdade não constituem apenas questões retóricas, mas informam todo o processo.

e) A jurisdicionalização da execução. Eis outro ponto de convergência do modelo italiano com o do novo processo acusatório latino-americano.

A execução sai do âmbito administrativo para banhar-se de jurisdicionalidade. A iniciativa para o processo de execução é confiada ao MP, que intervém em todos os procedimentos de execução, dirigidos pelo juiz. O juiz também procede a pedido do acusado ou do defensor. As audiências desenvolvem-se com a necessária participação do defensor, salvo em caso de pedido declarado *prima facie* inadmissível, hipótese em que a decisão é impugnável pelo recurso de cassação.

f) O cpp e a tutela internacional dos direitos da pessoa. Também aqui se nota uma perfeita identidade de linhas entre o Código italiano e o novo modelo acusatório latino-americano.

As normas do estatuto italiano deixam transparecer visivelmente a influência da Convenção Européia de Roma e do Pacto de Nova Iorque, exatamente como os novos Códigos latino-americanos se inspiram nas Declarações Universais, na própria Convenção Européia e no Pacto de São José da Costa Rica.

Entre as normas italianas a esse respeito, podem-se lembrar as relativas à liberdade pessoal, ao direito ao silêncio, à proibição de depoimentos sobre as declarações do imputado, à não utilização das provas ilícitas, e até mesmo à proibição da *chamada de co-réu*.

## V. O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA NA ITÁLIA

O Código italiano e o novo modelo latino-americano foram cunhados na convicção de que o processo público e oral, de modelo acusatório, é o que melhor se presta à solução de qualquer controvérsia penal, não se podendo transigir com as garantias processuais, de índole constitucional, a pretexto de uma suposto “eficientismo” do processo que, além de falaz, acaba sempre por penalizar o inocente.

Por isso, ambos os modelos contêm uma nota comum com relação ao crime organizado, consagrando investigações globais, com a interação de informações. Assim, o sistema do Código italiano reconhece a conveniência dos *maxi-inquéritos*, em detrimento dos chamados *maxi-processos*. Para tanto, foi reduzido o alcance das normas sobre a reunião dos processos por conexão e foram previstos o prolongamento das investigações preliminares e o diferimento do incidente probatório, etc.

Todavia, por razões semelhantes às que motivaram, na Colômbia, certas medidas processuais contra o crime organizado (ver *supra*, n. 3-b), a Itália, mesmo após a entrada em vigor do Código, tem legislado a respeito da criminalidades organizada, pela via de decretos-leis (que correspondem, no Brasil, às medidas provisórias), convertidos em leis.

Leis de 1990 e 1991 modificaram o Código com relação aos crimes praticados pela *máfia*, e a elas se acresceram as sentenças n. 24/1991 e n. 255/1992, todos elementos que, como foi notado, deram uma primeira e desordenada resposta à premente exigência de segurança avançada pela coletividade.<sup>11</sup>

Com o decreto-lei n. 306, de 8 de junho de 1992, transformado em lei em julho do mesmo ano, foram introduzidas substanciais modificações no processo penal, no ordenamento penitenciário e no regime dos denominados *pentiti*, a ponto de falar-se em demolição do rito acusatório e da instauração de um *processo di polizia*.<sup>12</sup>

Entre as principais modificações trazidas ao modelo acusatório do Código, inserem-se sem dúvida a atinente ao regime da prova emprestada, antes limitada, e assim mesmo possível apenas quando houvesse concordância das partes (art. 238 cpp); a relativa às am-

<sup>11</sup> Nicola Cipriani, V., *Codici penale e di procedura penale e leggi complementari coordinati e annotati*, VI ed., Maggioli ed., 1992, separata “Novità legislative”, p. 3.

<sup>12</sup> Cipriani, *op. e loc. cit.*

pliadas facultades da polícia judiciária nas investigações preliminares (arts. 347 e ss. cpp); e, sobretudo, a que permite ao juiz do debate a leitura de peças relativas a provas que se tornaram irrepetíveis, antes restrita às provas produzidas durante a audiência preliminar, e agora estendida aos elementos probatórios recolhidos na investigação prévia (art. 512 cpp). O mais grave é que essas modificações — cuja conveniência e eficácia seriam discutíveis até mesmo nos processos penais anti-máfia — alteraram a disciplina normativa do Código, em geral, deixando para trás muitos dos princípios generosamente erigidos pelo legislador de 1988.

## VI. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PONTOS DE CONFLUÊNCIA COM O NOVO MODELO ACUSATÓRIO LATINO-AMERICANO

O sistema processual penal brasileiro, posto pelo Código unitário de 1941, com as modificações posteriores e com o novo perfil traçado pela Constituição de 1988, apresenta vários pontos de convergência com as idéias do Código Modelo para Ibero-América e com o novo processo acusatório da América Latina. É o que se passa a examinar.

### 1. *O modelo acusatório*

Como visto, o processo de estrutura acusatória distingue-se do inquisitório essencialmente por ser um processo de partes, em que a relação processual penal, tríplice, coloca em pé de igualdade a acusação e a defesa, nitidamente separadas do juiz. Nesta concepção, as partes e o juiz participam ativamente do processo, não sendo consideradas provas aquelas que forem colhidas sem a presença concomitante de umas e de outro.

Embora o Brasil tenha aderido ao modelo acusatório desde os Códigos estaduais, o estatuto processual de 1941 não conseguira livrar-se completamente de alguns resquícios do sistema inquisitório: o processo atinente aos crimes culposos de homicídios e lesões corporais, assim como o das contravenções penais, iniciava-se *ex officio* ou por portaria da autoridade policial, perante a qual se processava parte da atividade instrutória.

Mas a Constituição de 1988 veio pôr cobro a tais procedimentos judicialiformes, reservando a iniciativa da ação penal pública, com

exclusividade, ao Ministério Público. Ademais, este foi institucionalizado de maneira a preservar-se toda sua autonomia e independência, fortalecendo-o e tratando-o a Constituição fora dos capítulos reservados ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, entre as instituições essenciais à Justiça, juntamente com o advogado, público e privado, e aos defensores públicos. Estes também são organizados em carreira, com garantias equivalentes às do Ministério Público, com o que se pretende dar eficácia ao necessário equilíbrio das partes no processo.

Quanto ao mais, o Código de Processo Penal mantinha-se fiel ao modelo acusatório, suprimindo o juizado de instrução e seguindo o princípio segundo o qual todas as provas são colhidas perante o juiz (monocrático), em pleno contraditório. Para os crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, o processo penal é bifásico, havendo uma etapa prévia de instrução, conduzida pelo juiz singular e desenvolvida em contraditório pleno, que se destina ao juízo de admissibilidade da acusação e à fixação da competência do Tribunal do Júri.

Para o processo atinente aos crimes contra a administração pública, o Código também prevê uma fase preliminar contraditória, anterior ao recebimento da denúncia e destinada ao juízo de admissibilidade.

A investigação prévia fica sempre a cargo da polícia judiciária, sobre a qual o MP, por determinação constitucional, deve manter o controle externo; a defesa técnica pode acompanhar o inquérito policial e os elementos probatórios nele colhidos destinam-se exclusivamente à formação do convencimento do MP sobre a *opinio delicti*, para que formule, ou não, a acusação. Pelo menos em tese, não deveria haver passagem dos elementos probatórios obtidos no inquérito policial para o processo (com exceção das provas irrepetíveis, submetidas a contraditório posterior); mas, como se verá (*infra*, n. 7. a), na prática o juiz da causa não fica inteiramente imune à influência dos elementos do inquérito.

## 2. Princípios éticos

O Código Modelo deixa claro que o processo penal deve pautar-se por uma escrupulosa regra moral, que reafirma o ideário do sistema processual penal segundo o qual, no embate entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade, deve dar-se preferência à inocência do

acusado em relação à defesa social. Neste enfoque, modifica-se a concepção da verdade real, mito do processo inquisitivo, agora redimensionada como necessidade de o juiz suprir às atividades probatórias das partes —e sobretudo da defesa—, superando o princípio dispositivo. Mas a busca da verdade (que, de qualquer modo, é sempre uma verdade processual) há de ser balizada por limites éticos inexcedíveis, que respeitem a dignidade humana.

A Constituição brasileira põe de realce os princípios éticos que devem informar o processo penal, repudiando expressamente a tortura e reconhecendo o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório; proclamando o estado de inocência do acusado e seu direito ao silêncio; prevendo a imediata comunicabilidade do preso com sua família e com o defensor; exigindo a ordem judiciária para as buscas domiciliares; considerando inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações, salvo com relação às comunicações telefônicas, por ordem judiciária e nos casos previstos em lei; sancionando a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; prevendo a reparação pelo erro judiciário e para os casos de a prisão perdurar por tempo superior ao previsto na sentença condenatória; estabelecendo controles externos sobre a polícia pelo Ministério Público, etc.

### *3. As garantias do devido processo legal como garantias das partes e da jurisdição*

Acompanhando as tendências atuais, o novo processo penal latino-americano não se satisfaz em salientar e reforçar a cláusula do devido processo legal, por intermédio de uma série de garantias que caracterizam direitos públicos subjetivos das partes; mas ainda lhe empresta a conotação de definição objetiva e política de um processo justo (*fair trial*). De um lado, portanto, encontra-se a enunciação clara e destacada das garantias do acusado, traduzindo a concepção básica de que a imposição da sanção punitiva deve ser necessariamente precedida por um processo em que o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio, assegurada a efetiva paridade de armas; e, de outro lado, fica patente, por outras garantias, que o justo processo existe como fator legitimante do próprio exercício da jurisdição.

Prova evidente deste segundo enfoque, na Constituição brasileira, é a ampliação da garantia do juiz natural, estendida do primitivo

aspecto, de proibição de tribunais de exceção, constituídos *post factum*, à dimensão de juízo constitucionalmente competente; e mais, a previsão da indispensabilidade da motivação das decisões e da publicidade dos atos processuais, ambas garantias políticas, extra-processuais, que se identificam com o controle popular sobre a legalidade e a justiça do exercício da função jurisdicional.

#### 4. *Prisão e liberdade*

Como decorrência dos princípios éticos e do justo processo que informam os sistemas atuais, o novo processo penal reage ao antigo, que partia do pressuposto de que todo imputado devia ser privado da liberdade e previamente detido — prevendo sua incomunicabilidade, como forma de obter a versão original dos fatos e de coação velada para alcançar a confissão.

No Brasil, onde a prisão processual obrigatória já havia sido abolida em 1967, a Constituição de 1988 preocupou-se em discipliná-la minuciosamente, cercanda-a de diversas formalidades que objetivam assegurar sua excepcionalidade: qualquer espécie de prisão — ressalvado o flagrante — depende de ordem escrita da autoridades judiciária competente; há de ser imediatamente comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada, além do defensor; o preso há de ser imediatamente informado de seus direitos; inclusive o de permanecer calado; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e a liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei a admitir, é francamente considerada um direito do acusado.

Todavia, a evidente preocupação do constituinte com a disciplina da prisão processual, que deve ser sempre submetida à verificação concreta da necessidade cautelar (seja pela decisão prévia do juiz, seja pelo exame *a posteriori*, no caso da prisão em flagrante) e em que são cabíveis o relaxamento, por ilegalidade, ou a concessão da liberdade provisória, nos casos de não ocorrência dos pressupostos da cautela, está demorando a encontrar plena aplicação na *praxis* forense: os tribunais ainda tendem a interpretar a Constituição, nesse tema, à luz dos dispositivos legais anteriores, de modo que os novos preceitos sobre a prisão (somados ao da presunção de não culpabilidade) só de maneira incipiente começam a receber a correta interpretação.

## 5. *Participação popular na administração da Justiça e no processo*

O núcleo do moderno princípio participativo desdobra-se em dois momentos principais: a intervenção na hora da decisão e o controle sobre o exercício do poder. Mas manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, pelas consultas, pela cogestão, como a caracterizar diversos graus de participação.

Sendo a finalidade última da participação a integração do cidadão, pela responsabilidade e pelo consenso, e tendo como motivo de inspiração a solidariedade social, é evidente que o novo processo penal não poderia ficar alheio ao princípio participativo, em sua ótica democrática. E a participação, no tocante à atividade jurisdiccional, pode manifestar-se em dois sentidos: participação na administração da Justiça e participação mediante a Justiça, ou seja, participação no momento do julgamento e participação por intermédio do processo. São essas formas de participação popular que passamos a examinar.

### *Participação popular na administração da Justiça*

O fundamento político da intervenção popular na administração da Justiça reside em sua função de garantia e controle, respondendo, ainda, às exigências de educação cívica e de legitimação democrática e constituindo-se em poderoso elemento propulsor de informação, conhecimento, tomada de consciência e politização, pela co-gestão da coisa pública.

A esse fundamento político, acrescenta-se o social, em sua função pacificadora. Com efeito, o julgamento popular é, de regra, melhor aceito pelo corpo social, que se identifica com os julgadores, de quanto o seja a sentença ditada autoritativamente pelo juiz profissional, mais distante, por mentalidade e burocratização, dos consociados.

Finalmente, o fundamento funcional dos júzos populares reside no objetivo de racionalização da Justiça, levando à melhoria da eficiência do aparelho judiciário.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi criado em 1821, com competência restrita aos crimes de imprensa, a qual seria ampliada, inclusive ao campo civil, pela Constituição imperial de 1824. Através de marchas e contra-marchas, a competência do Júri acabou restrita ao

plano criminal e, neste, a partir da Constituição de 1967, aos crimes dolosos contra a vida. E assim foi mantida a instituição pela Constituição de 1988, embora a dicção atual autorize o entendimento de que a lei ordinária poderia ampliar a competência mínima, estabelecida em nível de Lei Maior.

O Júri brasileiro apresenta as características clássicas do sistema inglês; a colegialidade heterogênea, uma vez que se compõe de juízes populares e de um juiz togado; a temporariedade do elemento popular, momentaneamente investido do poder de julgar; e — como traço distintivo do escabinado — a competência funcional, específica e exclusiva, dos juízes populares e do juiz togado, decidindo os primeiros com relação ao fato, e aplicando o último o direito.

A organização judiciária brasileira, definida tradicionalmente na Constituição, também prevê o escabinado (que se distingue do júri, porquanto as decisões são tomadas em conjunto, pelo juízes populares e pelos togados, sem distinção de competência); a o faz, em matéria penal, para os crimes eleitorais e os crimes militares, da competência, respectivamente, das Justiças (especializadas por matéria) Eleitoral e Militar.

Outra forma de integração dos tribunais estaduais de segundo grau, por elementos estranhos à carreira da magistratura e pertencentes ao Ministério Público e à advocacia, tornou-se tradicional no Brasil, a partir da Constituição de 1946, na percentagem de um quinto dos juízes de carreira; e o método, que deu excelentes resultados, foi ampliado pela Constituição de 1988 aos tribunais federais de segunda instância.

De se lembrar, ainda, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal — cuja competência corresponde hoje, fundamentalmente, à de uma Corte constitucional — não pertencem necessariamente à carreira da magistratura, sendo escolhidos, pelo Executivo e pelo Parlamento, segundo seu notável saber jurídico e reputação ilibada.

Finalmente, uma nova forma de participação popular na administração da Justiça penal foi prevista pela Constituição de 1988, que determina aos Estados a criação de Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais, denominadas de menor potencial ofensivo. Projeto de lei federal, já aprovado na Câmara dos Deputados, assim como as Constituições e algumas leis estaduais, dispõem a respeito da matéria.

## *Ações penais populares*

Uma das formas mais representativas da participação popular por intermédio do processo é, sem dúvida, a das ações populares.

No Brasil existem alguns casos de ações populares. A principal delas foi criada em 1950 para os crimes de responsabilidade, tendo sido recentemente exercida para o pedido de *impeachment* do Presidente Collor.

Por outro lado, a Constituição alçou a nível supra-legal a ação penal privada subsidiária da pública, a ser ajuizada, supletivamente, em caso de inércia do órgão oficial da acusação. O Código legitima ao exercício da ação o ofendido, mas a fórmula constitucional possibilita outras iniciativas: e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, atribuiu a titularidade da ação penal subsidiária a associações civis e a órgãos públicos.

O ordenamento brasileiro também prevê a participação do ofendido na ação penal pública, a título de assistente do órgão oficial da acusação. E, mesmo antes da propositura da ação, a vítima exerce algum controle sobre o inquérito policial, cuja instauração pode requerer, sendo-lhe facultado recurso do indeferimento. Finalmente, pode recorrer da sentença proferida na ação penal pública, não o fazendo o Ministério Público.

Outro poderoso exemplo brasileiro de ação popular penal, de natureza não condenatória, é o *habeas corpus*, cuja legitimação é tradicionalmente atribuída, pela Constituição, a qualquer do povo. Cumpre mencionar os amplísimos contornos do *habeas corpus* brasileiro, que serve para a proteção, mesmo preventiva e indireta, da liberdade de locomoção, sendo usado com grande frequência no processo penal em favor do indiciado ou acusado.

## *Controles populares sobre a jurisdição penal*

A participação popular, em sua função de controle e garantia, constitui outro importante aspecto do momento participativo.

Como vimos, a Constituição brasileira destacou a obrigatoriedade da motivação e a publicidade como garantias políticas fundamentais sobre o exercício da jurisdição.

Além disso, volta-se a lembrar o *habeas corpus*, que tem servido para o controle da legalidade e da justiça do funcionamento dos órgãos da persecução penal. Recorde-se, ainda, que a Lei de Exe-

ção Penal, de 1984, acentua que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na execução da pena e da medida de segurança, incluindo, ainda, entre os órgãos da execução penal os Conselhos da Comunidade. Deve-se dizer, contudo, que esses Conselhos não foram implantados, mas que a comunidade, por intermédio de certas entidades, tem exercido alguma fiscalização nos presídios, realizando visitas periódicas e denunciando publicamente irregularidades.

## 6. *Procedimentos simplificados*

A eficiência e efetividade do processo dependem, em última análise, da adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia subjacente. Esta, no processo penal, varia de acordo com a complexidade dos fatos a serem apurados e com a gravidade do delito. A razão moderna da variedade de procedimentos não obedece, assim, aos critérios formalísticos e rituais do direito antigo, mas exprime a necessidade de se estruturarem procedimentos adequados à solução das controvérsias que estão à base do processo. Procedimento adequado, nesse quadro de eficiência da justiça penal, é, pois, o procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com a gravidade da infração penal.

No Brasil, os últimos Projetos de Códigos de Processo Penal têm se preocupado em instituir procedimentos diversos, consoante a gravidade do crime e a complexidade do caso. Admitem, normalmente, que o procedimento possa ser abreviado, encerrando-se logo no limiar do processo.

A Constituição de 1988 foi além, prevendo procedimentos sumaríssimos e orais para as infrações penais denominadas de menor potencial ofensivo. O projeto de lei sobre pequenas causas penais, aprovado na Câmara dos Deputados, contempla a possibilidade de encerramento do processo mediante a conciliação (constitucionalmente contemplada), na audiência preliminar. Disciplina, também, o procedimento sumaríssimo.

## 7. *Obrigatoriedade e discricionariedade regulada*

O modelo processual penal clássico da América Latina atém-se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade (obrigatoriedade do exercício da ação penal pública), sem exceções. Também a doutrina

sempre defendeu intransigentemente o princípio da obrigatoriedade, acima de qualquer demonstração especulativa (fim das teorias absolutas para justificar a pena e acolhimento das teorias utilitárias) ou empírica (impossibilidade de perseguir todos os delitos e métodos ocultos de seleção que a prática emprega).

Sem embargo, o novo processo deu-se conta da falácia e da hipocrisia da adoção rigorosa do princípio da obrigatoriedade. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos. Não se desconhece que, em elevadíssima percentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito, o Ministério Público não oferece a denúncia, o mesmo MP e o juiz agem de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima — com a qual o Estado até agora pouco se preocupou — está cada vez mais interessada na reparação civil e menos na aplicação da sanção penal.

No Brasil, por exemplo, são pouquíssimos os inquéritos instaurados por diversos delitos, entre os quais os de trânsito, quando os titulares dos interesses em conflito se compõem. Na rotina forense, há arquivamentos (não previstos em lei), como no caso de reconciliação do casal, após a agressão de um ao outro, ou quando se verifique que a pena a ser possivelmente aplicada afinal não impedirá a consumação da prescrição.

A reforma do processo penal na América Latina caminhou, por isso, no sentido da preservação do princípio da obrigatoriedade, mitigando-o, porém, com o da discricionariedade regulada. Preferiu-se esse critério, que atribui à lei, com controle jurisdicional, a seleção dos casos, ao princípio puro da oportunidade, em que a referida seleção é confiada inteiramente ao arbítrio do Ministério Público.

Assim, a Constituição brasileira de 1988 abriu a possibilidade de transação nas pequenas causas penais, permitindo que a legislação a regule. E o projeto de lei federal, assim como algumas leis estaduais, contemplam o acordo entre o Ministério Público e o acusado, sempre assistido pela defesa técnica, de modo a que o juiz possa aplicar imediatamente a pena de multa ou restritiva de direitos, com extinção do processo. O projeto de lei federal serve-se, também, de outras técnicas, como a suspensão condicional do processo, nos casos em que haveria, afinal, a suspensão condicional da pena, e ainda da ampliação dos casos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, reforçando o princípio da autonomia da vontade.

## 8. *A preocupação com a vítima*

Saliente-se a maior preocupação do novo processo penal latino-americano com a solução reparatória ou conciliativa, privilegiando-a no confronto com a pretensão punitiva.

No Brasil, o projeto de lei federal sobre pequenas causas penais avança nesse sentido, ao regular a conciliação civil e a penal, ambas objeto da audiência preliminar. A maior relevância é dada à composição dos danos causados, que importa na renúncia ao direito de representação ou queixa. Paralelamente, ampliam-se os casos de ação penal pública condicionada à representação, reforçando-se ainda mais a preferência pela autonomia da vontade.

É da tradição do sistema brasileiro, ainda, a delegação ao Ministério Público da legitimidade à ação reparatória do dano *ex delicto*, quando o titular do direito for pobre, além de todas as técnicas que permitem ao ofendido a participação no processo penal, como assistente da acusação pública ou para obstar à inércia desta.

## 9. *A jurisdicionalização da execução*

Outro ponto de convergência do sistema processual brasileiro com as linhas gerais do Código Modelo contra-se na jurisdicionalização da execução.

A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Dessa atividade participam dois Poderes estatias: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Mas é preciso separar os dois aspectos. A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos Códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do *processo* de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual.

Deixando de lado a expiação da pena, objeto da ciência penitenciária, o processo de execução penal nada mais é do que o instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença. Sentença penal condena-

tória que, aplicando a sanção, se constitui no título executivo necessário à instauração do processo de execução penal.

O processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional. Em seus momentos inicial e final, ao menos. E ao longo de todos os incidentes processuais que pontilham a relação jurídico-processual executória.

Mas, como já escrevemos,<sup>13</sup> no sistema original brasileiro de 1941, a intervenção judicial na execução da pena era bastante reduzida; embora fosse proclamado que a atuação do juiz devia estender-se a todo o campo da execução penal, na prática essa intervenção estava limitada às decisões sobre os chamados “incidentes da execução” (*sursis* e livramento condicional), dentre os quais apenas o último ensejava, com maior frequência, um verdadeiro julgamento com alteração da modalidade do título executivo.

Essa situação modificou-se substancialmente nos últimos anos.

Primeiro, verificou-se a introdução do regime aberto (prisão-albergue), não previsto no então vigente Código Penal; de fato, admitida desde 1965 através de provimentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, e posteriormente consagrada na legislação federal (Lei nº 6.416, de 1977), essa modalidade passou a exigir maior intervenção do juiz da execução penal, não somente na verificação dos pressupostos de sua concessão, quando já iniciado o cumprimento da pena em regime fechado, mas sobretudo através de supervisão permanente, no que se refere ao atendimento das regras a que estavam sujeitos os beneficiários desse regime prisional.

Posteriormente, em conjunto com a nova lei que reformulou a Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 1984), foi editada a “Lei de Execução Penal” (Lei nº 7.210/84), que unificou as normas sobre execução penal, tanto no plano administrativo como no jurisdicional.

O novo diploma legal consagra um sistema em que a recuperação do condenado deixa de constituir mera justificação teórica do encarceramento para servir de medida da própria pena e das formas de seu cumprimento; ao lado dos institutos tradicionais do livramento condicional e do *sursis*, traz a lei uma série de situações em que as indicações sobre a ressocialização do indivíduo submetido à execu-

<sup>13</sup> Grinover, Magalhaes e Scarance, A exigência de jurisdicalização da execução, Relatório apresentado ao Congresso Internacional sobre o Código-Tipo de Processo Penal para a América Latina, Roma, set. 1991, in *Fasc. Ciências Penais*, v. 4, n. 3, 1991, p. 3 e ss., principalmente ps. 8-9.

ção passam a exercer influência decisiva na quantidade e na forma da sanção punitiva.

A execução da pena privativa de liberdade se faz de forma progressiva (regime fechado, semi-aberto e aberto), com a transferência do sentenciado para regimen menos rigoroso, quando tiver cumprido um sexto da pena no regimen anterior e seu mérito recomendar a progressão; do mesmo modo, é prevista a regressão, sempre que o comportamento do executado indique incompatibilidade com o regime mais brando.

São previstas ainda hipóteses de remição, pelo trabalho, de parte do tempo da execução, abatendo-se um dia de pena para cada dia efetivamente trabalhado, além de serem admitidas conversões, sempre relacionadas com os resultados da execução.

Em razão dessa sistemática, é fácil concluir que o acompanhamento da execução pelo juiz deve ser permanente e intenso, pois são os dados resultantes da observação da conduta prisional que irão permitir a correta adequação da pena à personalidade do sentenciado.

Por outro lado, tratando-se de uma fase no processo penal em que se realiza a individualização da pena, entende-se que a verificação concreta das situações que autorizam as modificações do título executivo deve resultar não somente de uma decisão jurisdicional (*nulla poena sine iudicio*), mas sobretudo de um provimento resultante da observância das regras do “devido processo legal”, de acordo com a previsão do art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República.

## VII. SEGUE: PONTOS DE DISSONÂNCIA

Apesar dos notáveis pontos de convergência entre o sistema brasileiro e o Código Modelo para Ibero-América, existem algumas dissonâncias no processo penal do Brasil, que ainda não se alinhou completamente ao moderno modelo acusatório.

Deixando de lados aspectos menos importantes (como o sistema recursal ou o tratamento da revelia), esses pontos cruciais podem ser condensados em dois tópicos, da maior relevância. Vejamo-los.

### 1. *A valoração dos elementos probatórios do inquérito*

Costuma-se afirmar que os elementos colhidos no inquérito não integram o material probatório que o juiz levará em conta para a

sentença de mérito, com exceção, evidentemente, das provas de natureza cautelar, antecipadas e irrepetíveis, que são submetidas a contraditório posterior no processo.

No entanto, na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz. E não somente para efeito de provimentos cautelares constritivos ou quanto ao juízo de admissibilidade da acusação — o que é natural; mas também em relação ao próprio juízo de mérito.

Isso ocorre por duas razões: em primeiro lugar, porque o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito (com exceção dos crimes de competência do Tribunal do Júri) são atribuídos ao mesmo juiz singular. E em segundo lugar, porque os autos do inquérito ficam apensados ao processo, acabando por influir, direta ou indiretamente, sobre a formação do convencimento do juiz.

Para obstar a esse gravíssimo inconveniente, que na prática acaba derogando os princípios do contraditório e do juiz natural, o processo brasileiro deveria alinhar-se à técnica do Código Modelo, prevendo uma fase processual preliminar, destinada ao saneamento do processo e ao juízo de admissibilidade sobre a acusação, conduzida por juiz diverso do de mérito. Uma vez recebida a acusação, proceder-se-ia ao desapensamento dos autos do inquérito, com exceção das provas irrepetíveis, na conformidade do disposto pelo Código italiano de 1988, para que nenhum elemento prévio pudesse contribuir, ainda que só psicologicamente, a formar o convencimento do juiz da causa.

Preferimos esa solução à alternativa intermediária, no sentido de transportar o contraditório para a fase do inquérito, com o que o transformaríamos numa espécie de juzgado de instrução contraditório. Essa foi, de certa forma, a escolha do Código federal argentino e do Projeto do Uruguai, mas apresenta ela graves inconvenientes: a presença do contraditório não superaria o óbice da ausência do juiz natural, contrariando ainda os princípios da concentração, da imediação, da identidade física do juiz. E, do ponto de vista prático, nenhuma vantagem prática resultaria da submissão do inquérito policial a contraditório pleno, com o inconveniente de inchá-lo ainda mais. Pensamos, isso sim, que na concessão de medidas cautelares, sobretudo de natureza prisional, o juiz deveria necessariamente abrir o contraditório, como acontece no sistema francês, ainda que para efeito de manutenção da medida concedida *inaudita altera parte*.

É evidente que o sistema que preconizamos, com o juízo de admissibilidade atribuído a juiz diverso do de mérito, importaria na prévia reforma das estruturas judiciárias. Mas não parece difícil, mesmo na nossa realidade, o desdobramento de funções entre os juízes já existentes, até porque, com certeza, muitos processos morreriam no nascedouro e, de qualquer forma, a técnica sugerida levaria á agilização do juízo de mérito, para o qual o processo já chegaria saneado e desbastado de incidentes processuais.

## 2. *A oralidade e seus corolários*

Já notamos (*supra*, n. 1) que a oralidade não é essencial ao modelo acusatório, nem a forma escrita é típica do inquisitório. Mas também dissemos que a técnica da oralidades é a que melhor se coaduna com a otimização da prestação da função jurisdicional, sobretudo com vistas aos corolários que só o processo oral pode garantir (imedição, concentração e identidade física do juiz).

Ora, o processo penal brasileiro ainda está longe da verdadeira oralidade, sendo preponderante a forma escrita dos atos processuais (acusação, exceções, defesa prévia, alegações finais, sentença). É certo que as provas são colhidas em audiência pública e oral; mas o processo ordinário não é concentrado, diluindo-se em diversas audiências bastante espaçadas no tempo, o que vulnera os postulados da concentração dos atos processuais e da imedição com as partes e as provas, principalmente porque não se observa, no processo penal, o princípio da identidade física do juiz.

Problema específico apresenta o julgamento dos crimes de competência do Júri: na *praxis* forense, assentou-se a prática de o tribunal popular satisfazer-se com o interrogatório do acusado em plenário, tomando conhecimento das provas produzidas em contraditório observância dos princípios maiores a que está pré-ordenado, reside perante o juiz preparador (*supra*, n. 6.a) apenas por intermédio da leitura dos autos, com o que se perde em imedição.

Anteprojetos em elaboração estão cuidando do assunto, razão pela qual se espera que no futuro o processo penal brasileiro se mantenha mais aderente à oralidade e a seus postulados, alinhando-se com as idéias fundamentais do Código Modelo, também neste passo.

## VIII. CONCLUSÕES

Já tivemos oportunidade de escrever<sup>14</sup> que os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*.

Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, no enfoque instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos da jurisdição.

A técnica básica de que o novo processo penal se utiliza, para a observância dos princípios maiores a que está préordenado, reside na estrutura de partes típica do *modelo acusatório*. Abolida a fase do juizado de instrução, assim como a figura do inquisidor, todo o procedimento se publiciza, condensa-se e concentra-se, exigindo a participação constante e iterativa das partes e do juiz.

A transparência, a desburocratização e a celeridade, assim como a participação popular, são corolários da estrutura acusatória adotada no novo processo penal. Os mecanismos de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência do processo penal. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, necessário para dar-se operatividade ao sistema.

Essas idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, já começam a ser incorporadas pelas legislações específicas de diversos países da América Latina, sobre as quais inegável é a influência do Código Tipo.

Para o mesmo ideário conflui o novo processo penal italiano, apesar de certas restrições sugeridas pelo recrudescimento do crime organizado. E igual convergência apresenta, no geral, o sistema processual brasileiro, malgrado a existência de alguns pontos de dissonância, cuja eliminação poderá ocorrer nas reformas que já se delineiam.

Esta análise de direito comparado, assim, está carregada de um significado específico. Pretendeu-se, com ela, chamar a atenção dos estudiosos e dos operadores jurídicos em geral para a necessidade de, nos diversos países, prosseguir-se na caminhada conjunta em direção aos mesmos objetivos. E, particularmente para o Brasil, alertar

<sup>14</sup> Pellegrini Grinover, Ada, "Lineamentos..."., p. 134.

para os rumos a serem seguidos nas próximas reformas, aptas a transformar o processo penal não somente num instrumento mais célere e transparente, mas sobretudo num processo de melhor qualidade, integrado às modernas tendências do processo penal.