



Revista Brasileira de Direito Processual
Penal

E-ISSN: 2525-510X

revista@ibraspp.com.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual
Penal
Brasil

Ferrua, Paolo

Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, núm. 2, mayo-agosto, 2017, pp. 661

-688

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971398010>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal


Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Gênese da reforma constitucional do “*giusto processo*” na Itália¹

The genesis of the “giusto processo” constitutional reform in Italy

Paolo Ferrua

Professor Ordinário/titular de Processo Penal na *Università degli Studi di Torino*/Itália
paolo.ferrua@unito.it

 orcid.org/0000-0002-7459-6762

RESUMO: Este escrito analisa o complicado cenário que, a partir da promulgação do vigente código de processo penal italiano, em 1999 resultou na reforma constitucional do “*giusto processo*”. Inspirado em uma lógica acusatória, o código de 1988 tinha introduzido a “regra de ouro” do contraditório na formação da prova, estabelecendo a irrelevância probatória das declarações secretamente recolhidas pelos órgãos de investigação preliminar. Mal recebidos pela maioria da magistratura, os princípios acusatórios foram suprimidos em 1992 pela “revolução inquisitória” ocasionada por três sentenças da Corte constitucional (n. 24, 254, 255). Partindo do pressuposto de que o contraditório na formação da prova viola o *accertamento* da verdade, a Corte constitucional demoliu a “regra de ouro”, atribuindo valor probatório a todas (ou quase) declarações unilateralmente recolhidas na investigação preliminar pelo MP ou pela polícia. De fato, o erro da Corte constitucional não foi ter colocado como finalidade do processo penal o *accertamento* da verdade, o que precisa ser almejado por qualquer processo que aspire a confiança dos cidadãos. Ele foi, na verdade, ter considerado que o contraditório como um obstáculo à busca da verdade, ocasionando uma infeliz oposição entre dois valores que deveriam se relacionar intimamente. Essencial para a função cognitiva do processo é, de fato, exatamente o contraditório, ou seja, o método que, como ensina a ciência, consiste em submeter as hipóteses a serem provadas

¹ Versão em português do capítulo 1 do livro: FERRUA, Paolo. *Il ‘giusto processo’*. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 1-17. Tradução de Bruna Capparelli e Vinicius Gomes de Vasconcellos. Agradece-se a editora Zanichelli pela autorização da publicação.

às mais severas tentativas de confrontação e falsificação; enquanto, por outro lado, parece totalmente razoável desconfiar daquilo que foi formado em segredo e, especialmente, das declarações que inevitavelmente tomam primazia na influência de quem, em posição de autoridade, as tenha unilateralmente recolhido. Uma tímida e parcial tentativa de recuperação do contraditório foi posteriormente operada pela lei 267 de 1997, que negou valor probatório às anteriores declarações sobre a responsabilidade de outros coimputados que depois em juízo tenham exercido o direito ao silêncio. A lei, todavia, até mesmo em razão das suas objetivas incongruências, acaba novamente declarada ilegítima pela Corte constitucional com a sentença 361 de 1998. Dessa vez, porém, surgem, junto com a União das Câmeras penais, também as forças políticas, feridas pela censura a uma lei que pouco antes tinha sido aprovada quase que unanimemente. Rapidamente acaba aprovada a reforma constitucional do “*giusto processo*” (lei constitucional n. 2 de 23 de novembro de 1999), com a qual se afirma textualmente que “o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova” (tradução livre, art. 111, inciso 4º Const).

PALAVRAS-CHAVE: *Giusto processo*; prova; prova declarativa; sistema acusatório; contraditório; Corte constitucional; Constituição; processo penal italiano.

ABSTRACT: *This paper analyzes the complicated scenario that, starting with the promulgation of the current Italian criminal procedure code, in 1999 resulted in the constitutional reform of the “giusto processo”. Inspired by an accusatory logic, the 1988 Code had introduced the contradictory “golden rule” in the formation of evidence, establishing the irrelevance of declarations secretly collected by the preliminary investigation actors. Unhappily received by the majority of the judiciary, the accusatory principles were suppressed in 1992 by the “inquisitorial revolution” caused by three constitutional court decisions (No. 24, 254, 255). Assuming that the contradictory in evidence production violates the search for the truth, the Constitutional Court has demolished the “golden rule,” attributing probative value to all (or almost) statements unilaterally collected in the preliminary investigation by the prosecutor or the police. In fact, the mistake of the Constitutional Court was not figuring that the function of the criminal process is the revelation of the truth, which must be sought by any process that aspire the confidence of the citizens. The mistake was actually considering the contradictory as an obstacle to the pursuit of truth, causing*

an unfortunate opposition between two values that should be closely related. Essential to the cognitive function of the process is, in fact, the contradictory, the method which, as science clarifies, consists in subjecting the hypotheses to be proved to the most severe attempts of confrontation and falsification; while, on the other hand, it seems entirely reasonable to distrust what has been formed in secrecy, and especially the declarations that inevitably take preference to influence those who, in a position of authority, have unilaterally collected them. A reticent and partial attempt to recover the contradictory was later operated by Law 267 of 1997, which denied the probative value of previous statements on the responsibility of other co-defendants who afterwards exercised their right to silence. The law, however, even by reason of its objective inconsistencies, has been declared illegitimate once more by the Constitutional Court, with sentence 361 of 1998. But this time, together with the Union of Criminal Chambers, also appear the political forces, wounded by the censorship of a law that had been adopted almost unanimously shortly before. After that, promptly was approved the constitutional reform of the “giusto processo” (Constitutional Law No. 2 of November 23, 1999), which affirms that “criminal proceedings are regulated by the contradictory principle in the production of evidence (Article 111, paragraph 4, Const).

KEYWORDS: *Giusto processo; evidence; declarative evidence, accusatorial system; confrontation; constitutional court; constitution; Italian criminal procedure.*

SUMÁRIO: 1. Um longo caminho reformador - 2. O código de 1988 e a regra de ouro do contraditório - 3. A reviravolta inquisitória: a sentença constitucional sobre o depoimento de policial judiciário - 4. 4. (Segue): a sentença constitucional sobre a eficácia probatória das contestações - 5. Tentativas de recuperação das garantias: o garantismo “seletivo” da lei 267 de 1997 e o projeto da Comissão bicameral - 6. A sentença constitucional 361 de 1998 - 7. A reforma do art. 111 da Constituição - 8. Princípios de civilidade processual ou *esprit de ressentiment*? - Referências.

1. UM LONGO CAMINHO REFORMADOR

Com a expressão “*processo justo*” se pode indicar tanto um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históri-

cas, quanto as descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas que a esta ou a outras fórmulas se lembre: o *fair trial* e o *due process of law* da tradição anglo-americana, o *procès équitable* da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, enfim, o *giusto processo* nos termos do artigo 111 Const. italiana. Aqui a análise se direcionará principalmente neste último diapasão, sem negligenciar as relações com outros modelos ideais ou históricos de justiça procedimental.

Na Itália o antecedente imediato da reforma constitucional sobre o “*processo justo*” é, sem dúvida, o projeto apresentado na XIII legislatura pela Comissão bicameral para as reformas constitucionais, cujo art. 130 se refere em larga medida este texto em análise. Mas dificilmente se entenderia o sentido das novas disposições constitucionais (e o projeto da comissão), se não o enquadrasse em um cenário reformador maior, iniciado com o código de processo penal vigente e, em alguns momentos, caracterizado pela forte conflitualidade entre o poder político e o Judiciário, entre o parlamento e a Corte constitucional.

Vamos recapitular brevemente as principais etapas desse percurso.

2. O CÓDIGO DE 1988 E A REGRA DE OURO DO CONTRADITÓRIO

O ponto de partida, como dito, é dado pela promulgação do novo código de processo penal que marcou uma mudança radical do modelo e, em particular, uma revolução no modo de conceber o contraditório no âmbito da prova oral², resumido eficazmente no slogan “do contraditório sobre a prova ao contraditório para a prova”.³ Ao modelo misto que, com diferentes variantes, constantemente dominou na Itália, substituiu-se o modelo acusatório, já almejado por grande parte da doutrina, mas sempre objeto de feroz resistência. O contraditório, que no sistema anterior se exercia essencialmente sobre provas já produzidas, como as atas dos depoimentos das declarações

² Determinante sobre as escolhas acusatórias do código de 1988, o pensamento de F. Cordero (v., sobretudo, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, mas também as várias edições da primeira *Procedura penale*, Milano, 1966).

³ D. Siracusano, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, em *Legislazione penale*, 1989, 84.

recolhidas pelos órgãos investigadores, agora se realiza no momento exato de formação da prova. Em razão disso, há a separação clara entre a investigação preliminar, onde a acusação e a defesa realizam unilateralmente a busca de fontes de prova, e o *dibattimento*,⁴ no qual as provas se formam em contraditório diante do juiz com a contribuição direta das partes. Funcional à ideia do contraditório em sentido forte é o complexo das disposições a garantir aquela que o bom direito pode definir como a *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações de testemunhas e coimputados valem como prova no processo somente se “produzidas”⁵ com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex. a superveniente irrepetibilidade), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no julgamento, nem sequer ser contestada durante o depoimento oral de quem as declarou.⁶

⁴ N. d. T.: Regulamentado pelos artigos 470-523 CPP italiano, o *dibattimento* é um segmento do *giudizio* e consiste na fase central do processo penal italiano, onde são recolhidas e adquiridas as provas no respeito do contraditório entre as partes. Ver: ILLUMINATI, Giulio. *Il giudizio*. In: CONSO, Giovanni, GREVI, Vittorio, BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2014, p. 797 s. Trata-se do momento de juízo oral, que pode ser comparado com a audiência de instrução e julgamento do procedimento ordinário penal brasileiro, embora com distinções, em razão de sua essencialidade oral e concentrada, além de sua caracterização como efetiva segunda fase do procedimento, após o juízo de abertura realizado na etapa intermediária do processo.

⁵ N. d. T.: O modelo típico do sistema processual italiano impõe, como regra geral, o princípio de disponibilidade das provas entre as partes, que é formada no *dibattimento* e em contraditório, excluindo tendencialmente poderes de iniciativa do juiz: a função deste é limitada à vigilância do correto exercício dos poderes atribuídos às partes e à verificação do cumprimento do ônus que recai sobre elas. Tanto que o art. 190, inciso 1, CPP italiano dispõe que “as provas são admitidas sob requerimento das partes”. Dito princípio se realiza por meio da *cross examination*.

⁶ N. d. T.: A “contestação” é um instrumento jurídico previsto no art. 500 do c.p.p. italiano de 1988, o qual almeja impugnar uma declaração realizada na fase de juízo oral (audiência de instrução) que se mostre distinta a depoimentos anteriormente prestados pela mesma pessoa, em momento da investigação preliminar. Por meio da “contestação” pretende-se fragilizar a credibilidade do depoimento oral prestado em contraditório, afastando a sua importância para a posterior decisão judicial. Contudo, ainda que tenha contato com a versão apresentada pelo depoente na investigação prelimi-

Duas disposições são particularmente relevantes a esse propósito e, não por acaso, sobre elas recairão, com a reviravolta inquisitória, o machado da Corte constitucional.

A primeira, norma-símbolo de um processo fundado no contraditório, fixa uma clara regra de exclusão probatória em relação às declarações recolhidas na investigação preliminar e contestadas à testemunha que, no *dibattimento*, sustente uma diferente versão dos fatos: “A declaração utilizada para a contestação, até mesmo se lida pela parte, não pode constituir prova dos fatos nela afirmados”; regra submetida a limitadíssimas exceções em caso de “declarações recolhidas pelo ministério público ou pela polícia judiciária durante as buscas e apreensões ou no lugar e na proximidade-imediação do fato” (texto original do art. 500, 3º e 4º incisos, c.p.p.). A segunda regra se refere à proibição da testemunha indireta⁷ da polícia judiciária: “Os oficiais e os agentes de polícia judiciária não podem depor sobre o conteúdo das declarações prestadas por testemunhas” (texto original do art. 195, 4º inciso, c.p.p.); proibição plenamente compatível com a irrelevância probatória daquelas próprias declarações, porque seria completamente ineficaz proibir a leitura das atas dos depoimentos *verbali* se autorizasse quem as produziu de testemunhar sobre o seu conteúdo.

3. A REVIRAVOLTA INQUISITÓRIA: A SENTENÇA CONSTITUCIONAL SOBRE O DEPOIMENTO DE POLICIAL JUDICIÁRIO

Não duraram muito as novas regras de exclusão probatória, acolhidas com grande desconfiança por boa parte da magistratura que, longe de conceber o contraditório na formação da prova como um método,

nar, o juiz não poderá valorar tais fatos, mas somente fragilizar a credibilidade do novo depoimento.

⁷ N. d. T.: Testemunha indireta é a “testemunha de ouvir dizer”, ou seja, um depoente que não presenciou os fatos que descreve, mas somente ouviu a descrição realizada por outra pessoa, que efetivamente tenha presenciado a sua ocorrência. Em diversos ordenamentos jurídicos existem vedações ou restrições à produção de provas desse modo.

como técnica de *accertamento*,⁸ continuava a perceber, segundo a antiga tradição, um potencial obstáculo à busca da verdade. Escrevia Max Karl Planck na sua Autobiografia científica que “uma nova verdade científica não triunfa convencendo os opositores e mostrando-lhes a luz, mas porque seus oponentes morrem, e cresce uma geração que está acostumada a ela”.⁹ *Si parva licet*, pode até se afirmar que seja algo do gênero a explicação em termos sociológicos das dificuldades que tem encontrado a radical mudança do modelo processual.

Em nome dessa infeliz antítese – contraditório *versus* busca da verdade – os juízes da *Consulta*¹⁰ acolhem as questões de inconstitucionalidade tempestivamente elevadas e, com três sentenças de 1992, demolem os pilares do edifício acusatório (nn. 24, 254, 255).¹¹ Digno de nota é o fato de que a Corte se assegura em não indicar qualquer princípio que tenha direta relevância processual com o qual aquelas regras se contradiriam; ou, melhor, o único citado é um pretense “princípio de não dispersão das provas”, do qual não encontramos traços na Constituição, mas que a própria Corte extrai para amplificação das

⁸ N. d. T.: *Accertamento* é expressão comumente utilizada para determinar a finalidade do processo, como uma “averiguação” do caso penal, uma “reconstrução histórica dos fatos” ou a busca da verdade, dependendo das premissas teóricas adotadas. Há quem traduza para “acertamento” em língua portuguesa, embora não se trate de palavra utilizada na doutrina jurídica tradicionalmente.

⁹ *Autobiografia scientifica ed ultimi saggi* [1942], trad. it., Torino, 1956, 33 s., sobre a qual T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 2009, 183.

¹⁰ N. d. T.: como é notório, a Corte constitucional, no sistema italiano, é um órgão de garantia constitucional, à qual é demandada a tarefa de julgar a legitimidade dos atos do Estado e das Regiões, resolver eventuais conflitos de atribuições entre poderes dessas ditas instituições e entre as mesmas Regiões, e se pronunciar sobre eventuais atos de acusação contra o presidente da república. Prevista já no ditado constitucional de 1948 no artigo 134, encontrou atuação somente em 1955 depois da lei constitucional 1/1953 e da lei ordinária 87/1953 e teve a sua primeira audiência em 1956. A sua sede é em Roma, no *palazzo della Consulta*, do qual se atribui à Corte o nome informal, por metonímia, de Consulta.

¹¹ Sobre a reviravolta inquisitória de 1992 Sulla cfr. G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale. Itinerari*, Roma, 1996, 17 s.; P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfoosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 157 s.

derrogações à oralidade e ao contraditório previstos no código processual (com o singular resultado de transformar as regras em exceções). Quanto ao resto, o julgamento de ilegitimidade é motivado com base no não razoável obstáculo que as disposições impugnadas colocariam à busca da verdade, finalidade inquestionável do processo penal. Tal argumento carece de fundamento, não porque o processo possa prescindir da busca da verdade, mas porque exatamente a esta finalidade eram razoavelmente dirigidas as regras que negavam valor probatório às declarações colhidas na investigação preliminar. Infelizmente o conflito entre verdade e contraditório, aberto pela Corte constitucional, terminará condicionando pesadamente cada subsequente intervenção do legislador, forçado a manter a noção fraca de contraditório sobre a prova, típica do código revogado; a ideia, simétrica e contrária, de que a essência da correta reconstrução dos fatos possa ser tutelada exatamente pelas regras que proíbem o uso de elementos recolhidos em segredo não influencia os juízes constitucionais.

A primeira sentença declara inconstitucional o art. 195, 4º inciso, c.p.p., relativo à proibição de testemunho indireto da polícia judiciária.¹² Derrubada essa proibição, as informações sigilosamente recolhidas durante o inquérito da polícia judiciária penetram no *dibattimento* por meio do testemunho do depoente, seja ou não possível o exame da fonte direta; de fato, até mesmo quando a parte pedir e obter o exame da testemunha direta, as declarações feitas por ela em contraditório não substituem, mas acompanham aquelas indiretas da polícia judiciária, e o juiz avalia livremente ambas. Nem sequer atenua o *vulnus* ao contraditório a circunstância de que o instrumento de ingresso dos atos investigativos não seja constituído pela leitura dos *verbali*, mas pelo depoimento oral de quem o formou. Não é possível acreditar que quem recolhe declarações pelo dever profissional lembre o seu conteúdo sem ter acesso as atas do depoimento anterior, e a própria eficácia do contra-exame, que visa a invalidar a credibilidade da testemunha,

¹² Para a crítica da sentença constitucional 24 de 1992, v. G. Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 127 s.; F. Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 688 s.

parece substancialmente comprometida pelo fato de que negar pleno crédito à testemunha da polícia judiciária equivale a acusá-la de negligência ou falso testemunho.

Mas era verdadeiramente irrazoável a proibição de testemunho indireto imposta à polícia judiciária? De modo nenhum, porque representa simplesmente o corolário da irrelevância probatória das declarações recolhidas pela polícia judiciária. Se é proibida a aquisição dos *verbali* que as contém, deve também ser proibido o testemunho de quem as recebeu; admitir essa última equivale, de fato, a esvaziar a proibição de aquisição dos *verbali*. Os adversários do processo acusatório insistiam muito nas incongruências que seriam derivadas da proibição de testemunho indireto. Com grande ironia, se citava a anedota da vítima que, moribunda, possuiu sobre os lábios o nome do assassino; a polícia judiciária está ali e escuta, mas é inútil porque não poderá relatar nada ao juiz, podendo somente esperar que alguém escute as fatídicas palavras e, como cidadão privado, testemunhe em julgamento. Ou, menos fantasiadamente, imaginava-se a superveniente irrepitibilidade das declarações pronunciadas à polícia judiciária (per exemplo, por um estrangeiro); informações que seriam inevitavelmente excluídas do julgamento, dada a original remissão ao art. 512 c.p.p. somente aos autos recolhidos pelo ministério público.

Independentemente do fato de que citando casos-limites se consegue demolir até mesmo o mais elementar sistema de garantias, não teriam faltado pontos de apoio interpretativos para um diferente enquadramento do dramático episódio há pouco mencionado. O art. 195 c.p.p. não proibia a polícia judiciária de relatar qualquer palavra proferida por terceiros, mas somente “as declarações adquiridas por testemunhas”; e não teria sido irrazoável supor que fossem assim caracterizadas somente aquelas proferidas no curso da investigação preliminar, em um diálogo entre testemunha e oficial ou agente de polícia judiciária, cada um na sua própria qualidade; em resumo, as declarações ditas dentro de um específico ato de polícia judiciária.¹³

Mas, afastados os casos-limites, a perda da eficácia probatória de um testemunho ouvido pela polícia judiciária, que tenha se torna-

¹³ Em sentido análogo, Giostra, *Equivoci sulla testimonianza*, cit.

do impossível o exame em juízo, não era tão ilógica: ao sigilo das declarações se adicionava o fato de inquestionável relevância de serem recolhidas por órgãos que, na delicada entrevista com as testemunhas, não oferecem as mesmas garantias de um magistrado. E, até mesmo querendo considerá-la irrazoável, teria sido suficiente declarar a inconstitucionalidade do art. 512 c.p.p. na parte em que não permitia a leitura dos atos realizados pela polícia judiciária, quando por fatos ou circunstâncias imprevisíveis tivesse se tornado impossível a repetição.¹⁴ Igualados os autos da polícia judiciária àqueles do ministério público, teria sido resolvida a suposta anomalia, sem alterar a estrutura acusatória do processo.

4. (SEGUE): A SENTENÇA CONSTITUCIONAL SOBRE A EFICÁCIA PROBATÓRIA DAS CONTESTAÇÕES

A declaração de inconstitucionalidade do 4º inciso do art. 195 c.p.p. cria uma profunda contradição no sistema. Admitida a recuperação probatória das declarações recolhidas pela polícia judiciária no inquérito, não seria incongruente que análoga recuperação fosse consentida também para as declarações colhidas pelo ministério público, obviamente não com a testemunha indireta, mas por meio da leitura dos *verbali*? Por que os atos realizados pelo ministério público deveriam ser submetidos, quanto à relevância probatória, a um regime mais severo em comparação àquele previsto para a polícia judiciária?

Isso foi evidenciado prontamente pela maior autoridade exponente do “Movimento para a revisão do código de processo penal”, que em um artigo publicado em *Magistratura indipendente* propôs uma “revisão do mecanismo de formação e de avaliação da prova” nesses

¹⁴ Exatamente nessa direção será posteriormente reformado o art. 512 com o d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. em l. 7 agosto 1992, n. 356. Com mais sabedoria Peroni, *La testimonianza indiretta*, cit., 698 tinha convidado, imediatamente depois da declaração de ilegitimidade do art. 195, 3º inciso, c.p.p., “a reconsiderar (...) a hipótese de uma restauração da norma censurada, a propósito balanceada por uma correlativa dilatação do mecanismo de recuperação do art. 512, em grau de re-compreender até mesmo os atos (*rectius* “verbali”) da polícia judiciária”.

termos:¹⁵ “revogar o disposto do art. 500 inciso 3 c.p.p. (...) tornado até mesmo anacrônico depois da sentença da Corte constitucional (...). E de fato, por efeito de tal pronunciamento, agora é possível ‘recuperar’, durante o *dibattimento*, boa parte dos atos da investigação preliminar realizados pela polícia judiciária; torna-se absurdo e mortificante que isso não possa ocorrer – obviamente em outras formas - para aqueles do ministério público”.

“Obviamente em outras formas”: ou seja, certamente não com o testemunho indireto do representante do ministério público (claro, só faltava que o defensor contra-examinasse o acusador!), mas por meio da leitura das transcrições dos depoimentos anteriores. E porque destes *verbali* já o art. 512 c.p.p. autorizava a leitura em caso de irrepetibilidade superveniente, a disposição sobre a qual concluir a manobra de “recuperação” dos autos do inquérito não podia deixar de ser o 3º inciso do art. 500 c.p.p., que regulava o uso em função puramente “crítica” das precedentes declarações “incongruentes” contestadas à testemunha no curso do exame: “A declaração utilizada para a contestação, até mesmo se lida pela parte, não pode constituir prova dos fatos nela afirmados. Pode ser avaliada pelo juiz para estabelecer a credibilidade da pessoa examinada”.

A previsível resposta chega com as duas posteriores sentenças constitucionais. Uma declara ilegítimo o art. 513, 2º inciso, c.p.p. “na parte em que não prevê que o juiz, ouvidas as partes, ordene a leitura dos *verbali* das declarações no sentido do inciso 1º do mesmo artigo, prestadas pelas pessoas indicadas no art. 210, quando elas se aproveitarem da faculdade de não responder”.¹⁶ A outra censura à norma-símbolo do processo acusatório, declarando ilegítimo o art. 500, 3º e 4º incisos, c.p.p. “na parte em que não prevê a introdução no *fascicolo* para o *dibattimento*,¹⁷ se forem utilizadas para as contestações previs-

¹⁵ M. Maddalena, *I termini di un impegno*, em *Magistratura indipendente*, 1992, n. 1, 16.

¹⁶ Sent. 254 del 1992.

¹⁷ N. d. T.: No sistema introduzido pelo código de processo penal italiano de 1988 há a separação de dois *fascicoli*, ou seja, autos físicos do processo: um para os documentos e atos da investigação preliminar e outro para a fase realmente processual do juízo oral (*dibattimento*). Assim, almejou-se a exclusão

tas pelos incisos 1 e 2, das declarações precedentemente ditas pela testemunha e contidas nos autos do ministério público”.¹⁸ O resultado é que, quando a testemunha depõe em julgamento, as declarações já feitas ao ministério público ou à polícia judiciária permanecem inutilizáveis somente no caso em que ele a reproduza fielmente; se silencia ou faz declarações “distintas”, a precedente, pelo trâmite das contestações, é regularmente transportada ao *fascicolo* para o julgamento. O juiz será, assim, chamado a efetuar uma escolha entre duas diferentes versões dos fatos, uma secreta, outra pública, nada mais nada menos como o que ocorre nos sistemas “mistos”. A experiência ensina que quase sempre a primeira prevalece, porque é a mais próxima à ocorrência dos fatos e pelas suspeitas de intimidação ou pressão que pesam sobre a segunda.

O efeito sobre o sistema é, sem dúvida, destruidor, tornando o inquérito em uma espécie de “gigantesca instrução sumária”¹⁹ destinada a influenciar invariavelmente sobre o juízo oral; ou, algo pior, portanto, que um simples retorno à instrução formal do modelo misto, porque os atos que se tornaram utilizáveis com finalidade probatória não são realizados pelo juiz, mas diretamente pelo acusador e pela polícia judiciária.

Alguns apontam que a revogação das regras de exclusão probatória não anulam o exame cruzado nem o contraditório *dibattimentale*.²⁰ É verdade, não os anulam, mas alteram e desvirtuam. Um processo fundado sobre o contraditório pode admitir que, quando se torne impossível recolher testemunhas no julgamento, se utilizem as declarações ditas anteriormente. Mas, quando a testemunha depõe no julga-

dos atos investigativos, vedando o seu transporte entre os autos, o que, contudo, foi relativizado pelas sentenças constitucionais aqui expostas.

¹⁸ Sent. 255 del 1992.

¹⁹ Segundo a eficaz definição de L. Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria, Relazione al X Congresso nazionale di Magistratura democratica*, Chianciano 29 ottobre/1º novembre 1993, em *Questione giustizia*, 1993, 282.

²⁰ Por exemplo, M. Maddalena, em *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Atti del convegno presso l'Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano, 1996, 142 s.; G. Salvi, *ibidem*, 211 s.

mento, a única alternativa que se abre em tema de prova é se ela disse a verdade ou mentiu em tal momento. Nisso consiste a prerrogativa, a força do exame cruzado: averiguar se são verdadeiras ou falsas as declarações feitas em contraditório, não aquelas realizadas em outro lugar, transcritas nos *verbali*, que servem de fato somente aos fins das contestações. Superado esse limite, a distinção entre informação recolhida na investigação preliminar e o testemunho declarado em julgamento se inverte invariavelmente. Não é a primeira que serve para a crítica da segunda, mas é esta última que serve para a crítica da precedente. O objeto, o tema da alternativa verdadeiro/falso, se altera do *dibattimento* para a investigação preliminar, e o contraditório se torna funcional à utilização dos *verbali* como provas.

Muitos magistrados aplaudem as decisões da Consulta, em que cada pessoa nostálgica do velho regime probatório verá naquele momento o seu aliado mais fiel. Outros as deploram; entre esses, alguns docentes universitários e, sobretudo as Câmaras penais, embora os tons dos protestos tenham permanecido muito abaixo dos níveis que foram alcançados seis anos depois em ocasião da segunda declaração de inconstitucionalidade do art. 513 c.p.p. (com a proclamação pelos penalistas de uma semana de abstenção às audiências). Por outro lado, nem sempre o teor das críticas são pertinentes. A argumentação da Corte se desenvolveu a partir de duas premissas: a busca da verdade como fim iniludível do processo penal e o obstáculo irrazoável causado àquele objetivo pelas normas de exclusão probatória. Em realidade, a polêmica se concentra mais sobre o primeiro que sobre o segundo ponto; em lugar de denunciar como arbitrária a reivindicada antítese contraditório/busca da verdade e insistir sobre a aliança dos dois valores, se contesta que o processo acusatório tenha como finalidade a busca da verdade.

Discurso ardiloso porque, além da linguagem pouco cuidadosa utilizada pela Corte, a função do processo penal não pode ser outra que aquela de averiguar se é verdadeiro ou falso o enunciado formulado pela acusação; a busca da verdade é um bem precioso, seria postura suicida deixá-lo ao monopólio do processo inquisitório. O problema consiste no método da busca, que o código de 1988 tinha acertadamente individualizado no contraditório *para* a prova, sobre a premissa plenamente ra-

zoável de uma substancial inconfiabilidade das declarações colhidas em segredo. Infelizmente, o reconhecimento do valor epistêmico do contraditório é frequentemente inexistente entre os próprios defensores do processo acusatório; sob a influência de um paradigma enganador que estava se expandindo exatamente naqueles anos – processo para solução de conflitos/processo para implementação de escolhas políticas²¹ – são muitos os que consideraram o contraditório como um simples instrumento para a solução de uma lide, excluída toda a sua eficácia como método, de ferramenta cognitiva.

Escassas ou nulas as reações do poder político, que ratifica rapidamente os ditames da Corte constitucional com o d.l. 8 de junho de 1992, n. 306 (convertidos em modificações pela l. 7 de agosto de 1992, n. 356). Ninguém imagina modificações constitucionais; quanto à lei ordinária, abstratamente existiria a possibilidade de reafirmar o contraditório – e com ele a regra de exclusão probatória já contida no art. 500, 3º inciso, c.p.p. – em um contexto mais coerente, depurado das exceções a partir das quais a Corte constitucional construiu o formidável princípio da “não dispersão”. Mas o clima de emergência criminosa é pouco propício a aberturas garantistas. No dia 23 de maio foi consumada a *strage* de Capaci, à qual segue no dia 19 de julho o assassinato de Borsellino, enquanto está em pleno desenvolvimento a investigação “Mãos limpas”, que envolverá progressivamente políticos e empreendedores de toda Itália, sobrecarregando de investigados o Parlamento.

Se destaca nesse quadro a fraqueza do poder legislativo, pois sobre as suas iniciativas recaem uma permanente suspeita de autotutela, frequentemente não injustificada. Reciprocamente, a aprovação da opinião pública à ação da magistratura terminará por atribuir, durante um logo período, aos magistrados do *pool* milanês o impróprio papel de interlocutores para cada reforma em matéria penal (todos recordam, por exemplo, que em 1994 a intervenção televisiva dos magistrados da “Mãos limpas” foi determinante para enterrar o d.l. 14

²¹ Fundado por M.R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo* [1986], trad. it., prefacio de M. Taruffo, Bologna, 1991.

de julho de 1994, n. 440 em tema de medidas cautelares).²² Assim se explica a substancial aceitação à demolição do modelo acusatório em razão desses mesmos princípios, aos quais a simples remissão em 1998 provocará, ao contrário, uma fortíssima reação até a reforma do artigo 111 da Constituição italiana.

5. TENTATIVAS DE RECUPERAÇÃO DAS GARANTIAS: O GARANTISMO “SELETIVO” DA LEI 267 DE 1997 E O PROJETO DA COMISSÃO BICAMERAL

Duas tentativas tardias de recuperação do contraditório chegam em um panorama bem diferente em 1997. Com um misto de entusiasmo popular e de “sujeição” parlamentar que tinha marcado os anos de ouro da “Mãos limpas”, substituiu-se a aberta estigmatização da “estação judiciária”; vão se difundindo fórmulas tanto sugestivas quanto vazias (“restabelecer o primado da política”, obrigar a magistratura a dar um “passo atrás” etc.), enquanto fica cada vez mais frequente a acusação aos membros do ministério público e, às vezes, até aos juízes, de endereçar as suas ações para fins políticos.

A primeira iniciativa se realiza a nível de lei ordinária. Com base em um projeto apresentado no dia 16 de julho de 1996 pelo sen. Melchiorre Cirami e outros,²³ a l. 7 de agosto de 1997, n. 267 (Modificações das disposições do código de processo penal em tema de valoração das provas), reformula-se inteiramente o art. 513 c.p.p., já declarado parcialmente inconstitucional em 1992; as declarações feitas na investigação preliminar pelo imputado ou pelo coimputado em outros processos separados, que exercitarem o direito ao silêncio em julgamento, não podem ser utilizadas no confronto contra os outros (salvo se houver os seus consentimentos ou acordo entre as partes). Paralelamente, para evitar a perda da contribuição probatória em caso de silêncio *dibattimentale*, se autoriza o incidente probatório para o exame dos coimputados, admitido até mesmo além dos originais limites

²² Modificações ao código de processo penal em tema de simplificação dos procedimentos, de medidas cautelares e de direito de defesa.

²³ S/964 (Modificação das disposições do código de processo penal em tema de valoração das provas).

fixados pelo art. 392 c.p.p. (fundado motivo a considerar que a pessoa não possa “ser examinada no julgamento por enfermidade ou outro grave impedimento” ou seja “exposta a violência, ameaça, oferta ou promessa de dinheiro ou de outra utilidade para que não deponha ou preste falso testemunho”).

Seria uma iniciativa louvável, se não fossem outros dois fatores que a estragassem, indícios de “garantismo seletivo”. Em primeiro lugar, a setorialidade e, de reflexo, a inevitável incoerência de uma lei que reafirma o valor do contraditório somente em relação ao silêncio do coimputado já declarante sobre fatos concernentes a outros, desinteressando-se do regime inquisitório prevalente sobre o terreno da prova testemunhal, com a eficácia probatória das contestações e o depoimento indireto da polícia; em seguida, a disposição transitória que, desviando da regra do *tempus regit actum*, desperta a suspeita de propensões a interferências sobre processos em curso.²⁴

A segunda iniciativa se desenvolve a nível constitucional, com a inserção da justiça entre os temas dados à Comissão bicameral para as reformas constitucionais, instituída com lei constitucional de 24 de janeiro de 1997, n. 1; escolha contrariada pela maior parte da magistratura que a interpretou como uma ação punitiva, como uma “vingança” sobre a jurisdição por parte do poder político intolerante aos controles de legalidade. A derrocada da Comissão bicameral é oficialmente decretado em junho de 1998; mas os princípios e as regras do *giusto processo*, definidos no art. 130 do projeto por esta elaborado serão em larga parte recuperados pela reforma constitucional do art. 111 da Constituição.²⁵

²⁴ V. Grevi, *Sull'applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, em *Diritto penale e processo*, 1997, 1505 s.

²⁵ Art. 130 do projeto de lei constitucional C/3931 transmitido para as Câmaras em 4 de novembro de 1997 no texto resultante da pronúncia da Comissão sobre as emendas apresentados nos sentidos do 5º inciso do art. 2, l. cost. 24 de janeiro de 1997, n. 1: “a jurisdição se atua mediante justos processos regulamentados pela lei, inspirados nos princípios de oralidade, de concentração e imediação. Cada processo se realiza no contraditório entre as partes, em condições de paridade e diante à juiz terceiro. A lei assegura a duração razoável. No procedimento penal a lei assegura que a pessoa acusada por um crime seja informada, no mais breve tempo possível, sobre a natureza e os motivos da acusação formuladas contra ele; disponha do tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha a faculdade de interrogar ou fazer

Com algumas variantes, todavia, porque, quanto a garantias processuais, o projeto da Bicameral, por um lado, vai além da tutela oferecida pelo art. 111 Const. e, por outro lado, permanece aquém.²⁶ Assim, no primeiro texto se mencionam os princípios da oralidade, da concentração e da imediação que não são incluídos no segundo; e ainda, se prevê a instituição de “ofícios públicos de assistência legal para garantir aos que não têm condições o direito de agir e se defender diante de cada jurisdição”. Por outro lado, no projeto da Bicameral, não se menciona nem a regra do contraditório na formação da prova que será, ao seu lugar, o centro do novo art. 111 Cost.; nem, conseqüentemente, as mais detalhadas previsões ligadas àquela regra (subtrair por sua livre escolha o interrogatório do imputado; exceções ao contraditório por consenso do imputado, por averiguada impossibilidade de natureza objetiva ou por efeito de provada conduta ilícita).²⁷

interrogar por meio de seu defensor as pessoas das quais provêm as acusações contra ele; tenha a faculdade de obter a convocação e o interrogatório de pessoas que se caracterizem nas mesmas condições daquelas da acusação e obtenção de cada meio de prova a seu favor; seja assistida gratuitamente por um intérprete se não compreende ou não fala a língua empregada. A lei assegura que a custódia cautelar em cárcere se execute em institutos especialmente previstos. A lei institui ofícios públicos de assistência legal ao fim de garantir aos que não têm condições o direito de agir e se defender diante de cada jurisdição”.

²⁶ Cfr., em sentido variado, M. Chiavario, *La Bicamerale chiude il capitolo giustizia: ora bisogna operare con spirito costruttivo*, em *Guida al diritto*, 1997, fasc. 42, 10 s.; V. Grevi, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 726 s.; L. Pepino, *La posta in gioco e un primo sguardo d'insieme*, em *Questione giustizia (fascicolo speciale: Giustizia e Bicamerale)*, 1997, 503 s.; G. Ubertis, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, c) la previsione del giusto processo*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 44 s.; P. Ferrua, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, em *Critica dir.*, 1998, 164 s.

²⁷ Outras variantes de detalhe é a remissão, no texto bicameral, à “gratuidade” da assistência ao interprete e a adição, no art. 111, 2º inciso, Cost., da qualificação de assistente “imparcial” ao sintagma “juiz terceiro”; retoque este ultimo, aparentemente de pouco significado, mas de fato destinado a desencadear fortes polêmicas porque, com a pressuposição de uma plena autonomia dos dois termos que compõem a expressão, a *Unione delle Camere penali* reivindicará a separação das carreiras entre juiz e ministério publico (cfr. *infra*, Cap. 3, par. 6).

Evidentemente a polêmica contra a Consulta ainda não ousou ao ponto de sugerir a constitucionalização de princípios opostos àqueles afirmados na reviravolta inquisitória; ou, simplesmente, não se compreendeu bem qual hipótese a jurisprudência de 1992 jogou sobre cada futura reforma processual, vinculando-a a uma ideia fraca de contraditório, compatível com a recuperação das declarações recolhidas unilateralmente na investigação preliminar. A consciência virá com a nova declaração de inconstitucionalidade do art. 513 c.p.p.

6. A SENTENÇA CONSTITUCIONAL 361 DE 1998

Como era previsível, assim que entrou em vigor, o novo texto do art. 513 c.p.p. foi submetido ao exame da Corte constitucional por oito juízes de mérito. Todas as questões de legitimidade têm o foco na irrazoável dispersão das provas que derivariam da inutilização da declaração dita *erga alios* na investigação preliminar por parte do coimputado que permaneceu em silêncio no julgamento; e, naturalmente, é constante a remissão à anterior jurisprudência, em particular, à sentença 254 de 1992.

É suficientemente previsível que com base nessa jurisprudência o destino da nova disposição estava marcado; ou melhor estava pendurado no frágil fio do incidente probatório, cuja extensão representa uma forma de temperamento entre o valor do contraditório e a exigência de não dispersão da prova. A Corte constitucional o elimina, declarando ilegítimo o art. 513 c.p.p. “na parte em que não prevê que, se o declarante recusa ou se omite completamente ou em partes de responder sobre fatos concernentes à responsabilidade de outros já objeto das suas precedentes declarações, em falta de acordo entre as partes, à leitura se aplica o art. 500, inciso 2º *bis* e 4º, do código de processo penal”.²⁸

²⁸ Sentença 361 de 1998 sobre a qual v., em vários sentidos, M. Chiavario, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, em *Legislazione Penale*, 1998, 925 s.; G. Gemma e R. Pellati, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3153; E. Marzaduri, *Una sentenza additiva molto discussa*, b) *il diritto al silenzio del coimputato*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 1514; M. Scaparone, *Diritto al silenzio*

Em outros termos, diante do silêncio do coimputado se desencadeia o mesmo mecanismo de recuperação probatória previsto para o exame das testemunhas, isto é, a contestação e a incorporação das declarações feitas anteriormente ao *fascicolo* de julgamento.

Sem dúvida, pode-se imputar à Corte o fato de não se ter valorizado adequadamente o distinto contexto processual, que oferecia às partes a possibilidade de prevenir o risco do silêncio, recolhendo o depoimento do imputado em sede de incidente probatório. Mas, diversamente do que normalmente se afirma, a nova declaração de ilegitimidade não é por nada “política”; ela é, ao contrário, demasiadamente “impolítica”, por não ter percebido que, aquilo que tinha sido concedido à Corte na época da reviravolta inquisitória, não seria tolerável seis anos depois, no clima cada vez mais quente entre poder político e magistratura.

Quanto ao resto, nas desoladoras páginas da jurisprudência constitucional sobre o contraditório, talvez esta seja a menos criticável. Em primeiro lugar pela objetiva dificuldade de repudiar os princípios fixados nas precedentes sentenças, fortemente orientados à recuperação das declarações recolhidas na investigação preliminar; depois, porque a recusa de responder ao coimputado é já por si só uma derrota do contraditório, um evento em que qualquer resposta se diria inadequada. Usar como prova as declarações ditas em outro lugar esvazia o fundamental direito do imputado de ser colocado em confronto paritário com quem o acusa; mas não é um exemplo edificante de contraditório o desfile no julgamento de atores mudos que opõem o silêncio a quem os interroga sobre fatos dos quais eles falaram aos órgãos investigativos;²⁹ ainda mais se aquele silêncio, livre já por anos de qualquer risco de incriminação, é

e diritto al controesame del coimputato, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3149; P. Tonini, *Una sentenza additiva molto discussa*, a) *il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, em *Diritto penale e processo*, 1998, 1506 s.; P. Ventura, *Escussione della prova e contraddittorio*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3183 s.; N. Zanon, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, *ibidem*, 3169 s.

²⁹ Para uma denúncia nesses termos v. *Il processo penale dopo la sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale (Un appello di magistratura democratica)*, em *Questione Giustizia*, 1998, 1020 s.

fruto de chantagens ou de adulações. O protesto de injustiça que, em um processo similar, a vítima do crime levantaria contra a absolvição não é menos fundado do que aquele do imputado contra a condenação com base em provas unilaterais.

7. A REFORMA DO ART. 111 DA CONSTITUIÇÃO

Desta vez a reação é dura, liberatória de um ressentimento que por muito tempo se acumulou. Sobre a Corte constitucional se abate uma avalanche de críticas, as vezes próximas à injúria: da acusação de ter demolido a garantia do contraditório com uma sentença de forte conteúdo político, àquela de ter usurpado a função legislativa, transbordando a própria competência. Em resumo, aquilo que com boas razões e, em termos pacatos, teria sido certíssimo denunciar na época da reviravolta inquisitória, explodiu seis anos depois, com força duplicada, contra uma sentença que é somente um corolário das precedentes.

As *Camere penali*³⁰ proclamam imediatamente uma semana de abstenção às audiências (de 9 a 14 de novembro) como sinal de protesto à sentença da Corte que atirou a defesa “em um abismo”. Mas quem reagiu com força e determinação foi, em primeiro lugar, o mundo político, muito diferente de como, tímido e sofrido, apareceu em 1992; e, amargando a disputa já incendiada entre política e justiça, concorreu o fato de que a declaração de inconstitucionalidade não envolve, como anteriormente, disposições do código processual, materialmente compiladas pela comissão ministerial com base na lei de delegação de 1987, mas uma lei aprovada diretamente e com larga maioria do mesmo parlamento, que vê o seu prestígio ameaçado pelas censuras da Corte.³¹ Os principais membros da maioria como da opo-

³⁰ N.d.T.: Criada pela União das *Camere penali* (UCPI), a “câmara penal” é uma associação sem finalidade lucrativa cujos membros são advogados que exercem a profissão no âmbito de procedimentos penais. Sobre isso, ver: *Chi Siamo - Camere Penali sito ufficiale*. Disponível em: <www.camerepenali.it>. Acesso em: 4 fev. 2017.

³¹ Na comissão de justiça da câmara, no dia 3 de dezembro de 1998 se iniciou um procedimento formal de exame da sentença constitucional, conforme o

sição criticaram a fragilização das garantias e a intrusão da *Consulta* na esfera do legislador,³² com a arbitrária pretensão de indicar as normas destinadas a preencher as lacunas posteriores às declarações de inconstitucionalidade.³³

Assim, é reaberto o debate sobre a justiça que fora fechado com a derrocada da Bicameral. Imediatamente se apresentaram doze projetos de emendas constitucionais. Um desses – depois arquivados durante a legislatura - modifica o art. 136, 1º inciso, Const., especificando que “as sentenças de acolhimento [da Corte constitucional] são decisões de mero *accertamento* da legitimidade”.³⁴ Como dizer, banimento das sentenças *manipolativas*³⁵, seja na forma substitutiva seja naquela aditiva; a Corte se limita a cancelar as disposições consideradas inconstitucionais. Os outros onze – depois conjugados, por meio do desenho da lei constitucional S/3619, na reforma do art. 111 Cost. - fornecem, de vários modos, a constitucionalização das garantias pro-

art. 108 do regulamento. O exame se concluiu no dia 14 de abril de 1999 com a aprovação do documento apresentado pelo relator Antonio Borrometti (anexo 2 da sessão do dia 18 de fevereiro de 1999), onde se exprimiram fortes perplexidades sobre o uso do princípio de razoabilidade pela Consulta e se sublinhou a oportunidade de uma constitucionalização das garantias do *giusto processo*.

³² Cfr., para os fundamentos opostos, C. Salvi, *Criticare è giusto*, em *L'Unità*, 9 de novembro de 1998, 1; G. Pecorella, *Il pubblico ministero oggi non è una mera parte ma un quasi giudice*, em *ItaliaOggi*, 17 de novembro de 1998, 1.

³³ De fato, sentenças “aditivas” a Corte já tinha emanado por mais de trinta anos. Como nota Enzo Cheli (entrevistado por Donatella Stasio, *Una Corte 'politica' per necessità*, em *Il Sole 24 Ore*, 6 de novembro de 1998, 4), “estas sentenças (...) representam sem dúvida uma expansão do poder e da esfera de intervenção da justiça constitucional; mas são as bases do desenvolvimento do nosso sistema de liberdade constitucional e da atuação positiva que a Constituição teve em quase 40 anos. Não se tratou, portanto, somente de uma expansão de poderes, mas de utilização flexível do instrumento judiciário para realizar os fins constitucionais, especialmente no setor da liberdade”.

³⁴ C/5371 (Modificação ao artigo 136 da Constituição, em matéria de poder da Corte constitucional), apresentado no dia 5 de novembro de 1998 pelo deputado Soda e outros.

³⁵ N.d.T: Sentenças *manipolitivas* são as decisões oriundas do caso Mani Puliti, conhecido como operação mãos limpas, que marcou a perseguição da máfia na Itália nos anos 1980 e 1990.

cessuais derrubadas pela Consulta.³⁶ *Leit-motiv* de todas as propostas é, com diferentes intensidades, a remissão polêmica às sentenças da Corte – e, em particular, à 361 de 1998 - que “de fato, transformaram inteiramente a estrutura do código, convertendo uma reforma garantista em um verdadeiro instrumento inquisitório e coercitivo contra os imputados, e o juízo oral em uma fase puramente formal e quase inútil, voltada somente a ratificar as teses pré-constituídas pela acusação na fase da investigação preliminar”.

Em um breve período de tempo – pouco menos de um ano – e, inclusive, uma rapidez excepcional em relação aos ritmos habituais de trabalho, a reforma constitucional foi aprovada definitivamente pela Câmara na sessão de 1 de novembro de 1999 com um quórum que evitou o pedido de referendun.³⁷ A nova lei constitucional, 23 de novembro de 1999, n. 2 (“Inserção dos princípios do *giusto processo* no artigo 111 da Constituição”) se compõe em dois artigos: o primeiro relativo aos princípios e às regras do *giusto processo*, e o segundo relativo ao

³⁶ S/3619 (Inserção dos princípios do *giusto processo* no artigo 111 da Constituição), apresentado o dia 4 de novembro de 1998 pelos senadores Pera e outros; S/3623 (Integração do artigo 24 da Constituição), apresentado em 5 de novembro de 1998 pelos senadores Follieri e outros; S/3630 (Modificação do artigo 101 da Constituição), apresentado em 5 de novembro de 1998 pelos senadores Pettinato e outros; S/3638 (Norme constitucionais em matéria de *giusto processo* e de garantia dos direitos no processo penal), apresentado em 11 de novembro de 1998 pela senadora Salvato; S/3665 (Inserção na Constituição do artigo 110 bis, relativo aos princípios do *giusto processo*), apresentado em 24 de novembro pelos senadores Salvi e outros; C/5359 (Modificações ao artigo 24 da Constituição, trazendo princípios para o *giusto processo*), apresentado em 4 de novembro de 1998 pelos deputados Pecorella e outros; C/5370 (Introdução do artigo 110 bis da Constituição, que traz princípios para o *giusto processo*), apresentado pelos deputados Saraceni e outros; C/5377 (Modificação do artigo 111 da Constituição em matéria de exercício da jurisdição), apresentado em 9 de novembro de 1998 pelo deputado Pisapia; C/5443 (Disposições concernentes à justiça e às garantias do *giusto processo*), apresentado em 25 de novembro de 1998 pelo deputado Soda; C/5475 (Modificação ao artigo 25 da Constituição em matéria de garantias do contraditório), apresentado em 2 de dezembro de 1998 pelo deputado Pecorella; C/5696 (Modificações aos artigos 25 e 111 da Constituição em matéria de *giusto processo*), apresentado em 17 de fevereiro de 1999 pelos deputados Pecoraro Scanio e outro.

³⁷ De 626 deputados, 522 votos a favor, 6 contrários, 13 abstiveram-se; portanto, uma maioria não inferior aos dois terços, ou seja, a 409 deputados.

regime de transição, referente ao qual se delimita que “a lei regula a aplicação dos princípios contidos na presente reforma constitucional aos procedimentos penais em curso na data de sua entrada em vigor” (ou seja, em 7 de janeiro de 2000).

A detalhada enunciação das garantias processuais avançam ao ponto de pretender, com clara negação dos ditames da Corte Constitucional, que “a culpabilidade não pode ser provada com base em declarações feitas por quem, por livre escolha, omite-se sempre voluntariamente ao interrogatório por parte do imputado” (art. 111, 4º inciso. parte 2, Const.); preceito que, mais do que qualquer outro, era importante aos legisladores e que, desde o início dos trabalhos parlamentares, se apresenta como epônimo da inteira reforma, logo definido vulgarmente pela *mass-média* como ‘super 513’. De fato, como veremos, exatamente este enunciado, ditado pela *vis polemica* mais do que por escolhas racionais, fomentará o risco de favorecer uma interpretação redutiva, depois felizmente derrotada, da fundamental regra que o precede, relativa ao contraditório na formação da prova.

Grande satisfação foi expressada pelo *Polo* e, com tom menos enfático, pela Centro-esquerda (a semente foi jogada durante a Bicameral, lembra o “verde” Marco Boato). Alguma voz da esquerda não esconde um certo desconforto por ter deixado fora do *giusto processo* a defesa das pessoas que não têm condições e a tutela da vítima do crime; outros exprimem viva preocupação pelos contragolpes nos processos em andamento, se as normas de atuação não fossem tempestivamente efetivadas.³⁸ Fora do Parlamento, exultam as *Camere penali*, enquanto a Associação Nacional dos Magistrados se mantém crítica,

³⁸ Preocupações longe de serem infundadas. A lei de atuação do *giusto processo* (l. 1º de março de 2001, n. 63, “Modificações ao código penal e ao código de processo penal em matéria de formação e valoração da prova em atuação da emenda constitucional de reforma do artigo 111 da Constituição”) será aprovada um ano depois da entrada em vigor da reforma constitucional. Quanto aos processos em andamento, somente diante da catastrófica perspectiva de suas suspensões até a inevitável declaração de ilegitimidade das normas ainda vigentes, o Governo intervirá com o d.l. 7 de janeiro de 2000, n. 2, que traz disposições urgentes para a atuação do art. 2 da l. cost. 23 de novembro de 1999, n. 2, em matéria de *giusto processo* (convertido, com modificações, pela l. 25 de fevereiro de 2000, n. 35, em vigor em 2 de março de 2000).

continuando a invocar uma redução da área do direito ao silêncio como corolário das novas regras constitucionais.

Como era previsível, assim que entrou em vigor a reforma, os seus opositores, que durante o processo legislativo tinham profetizado catastróficas consequências em caso de aprovação, mudam radicalmente o enfoque. O novo texto do art. 111 Const. não desmentiria por nada as orientações das escolhas manifestadas pela Corte constitucional em 1992, salvo na limitada parte da “ausência por livre escolha” ao exame defensivo. Em relação ao resto, houve ratificações: a regra do contraditório na formação da prova seria perfeitamente compatível com a utilização probatória das declarações feitas na investigação preliminar, quando fossem contestadas à testemunha ou ao coimputado no exame *dibattimentale*; e a remissão à impossibilidade de formar a prova em contraditório consagraria oficialmente o princípio de “não dispersão da prova”. A leitura do preceito niilista se une, em um singular contraste, à máxima exaltação de outras partes do ditame constitucional: a duração razoável, cuja atuação deveria constituir o prioritário compromisso do legislador; e a própria fórmula do “*giusto processo*”, que causaria um estigma às práticas dilatórias da defesa, com o objetivo de perseguir a prescrição do crime. Em breve, seguindo essa perspectiva original, a reforma do art. 111 Const., longe de potenciar a defesa, já tutelada suficientemente, lhe teria imposto novos ônus e responsabilidades.

8. PRINCÍPIOS DE CIVILIDADE PROCESSUAL OU *ESPRIT DE RESENTIMENT*?

Sobre a reforma constitucional, como também sobre a atividade da Comissão bicameral, existe uma variedade de opiniões, resumíveis, forçando um pouco, a duas perspectivas opostas: aquela de quem vê a afirmação de basilares princípios de civilidade processual, que estavam se enfraquecendo, e outra oposta, de quem a inscreve em um mais amplo desenho de “vingança” do poder político sobre o Judiciário; iniciada com os trabalhos das Bicamerais e animada pelas intenções punitivas sobre a ação da magistratura.

Certamente é provável que a reforma do art. 111 Const. tenha sofrido uma notável influência, até mesmo acelerando os tempos, do

esprit de ressentiment do mundo político, intolerante ao progressivo aumento dos controles de legalidade depois da derrogação dos privilégios parlamentares. Mas isso não significa que a reforma constitucional não era útil e necessária. Como nos tempos da Bicameral, os críticos argumentam que teria sido preferível realizar as reformas processuais com lei ordinária, evitando envolver a Constituição. Sim, se a Corte constitucional tivesse o consentido; sem dúvida ter-se-ia economizado o efeito deslegitimante sobre a anterior ação da magistratura, que a opinião pública associou à inserção das garantias do *giusto processo* na Carta fundamental.

Mas o *excursus* aqui exposto mostrou que uma recuperação com lei ordinária das garantias derogadas na reviravolta inquisitória de 1992 era impossível. Não porque tinham normas da Constituição que, aliás, para boa parte da doutrina teriam sido, já na sua versão original, plenamente compatíveis com aquelas garantias. Lembre-se, por exemplo, do art. 24, 2º inciso, Const., relativo à inviolabilidade do direito de defesa. Em geral, essa disposição – cujo déficit é definir “inviolável” um direito sem especificar os conteúdos³⁹ – não obrigava, talvez, a uma escolha pelo contraditório na formação da prova; mas, certamente, não a impedia. O que, ao contrário, opunha, com o peso de um pedregulho, as intervenções do legislador naquela direção era a consolidada orientação da jurisprudência constitucional que, em nome do princípio da “não dispersão”, condenava o nosso processo a valorizar como prova cada declaração unilateralmente recolhida pelos órgãos investigativos. A Constituição vale por aquilo que a faz valer a Corte constitucional⁴⁰ e esta última já tinha assumido uma postura claramente hostil ao contraditório na formação da prova.

Para sair do impasse e reafirmar o valor do contraditório era, portanto, indispensável a reforma da Constituição. Certo, a constitucio-

³⁹ Sobre a pobreza denotativa do art. 24, 2º inciso, Const., onde a defesa figura conceitualmente, não menos que sintaticamente, como postulado, como uma entidade da qual seja notório e indefectível o conteúdo, v. P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 28.

⁴⁰ Assim L. Elia, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, 554 s.

nalização dos princípios e das garantias do *giusto processo*, especialmente na forma detalhada que prevaleceu, pode ter introduzido elementos de rigidez no sistema, obrigando a uma atitude que, talvez, teria sido preferível deixar à avaliação discricionária do legislador. Não obstante, a responsabilidade do êxito se atribui, mais uma vez, inteiramente à Consulta e à sua pretensão de censurar certas regras até mesmo diante de preceitos constitucionais que, embora não as impusessem, as teriam amplamente tolerado;⁴¹ com o paradoxal resultado de obrigar quem queria simplesmente confirmar a legitimidade de tais regras à sua constitucionalização, vinculando a elas qualquer futura reforma processual. Assim, isso que, erradamente, a Corte persistia em considerar constitucionalmente intolerável, se converteu em constitucionalmente obrigatório.

REFERÊNCIAS

CHIAVARIO, *La Bicamerale chiude il capitolo giustizia: ora bisogna operare con spirito costruttivo*, em *Guida al diritto*, 1997.

CHIAVARIO, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, em *Legislazione Penale*, 1998.

CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, Milano, 1966.

DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* [1986], trad. it., prefacio de M. Taruffo, Bologna, 1991.

DI CHIARA, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale. Itinerari*, Roma, 1996.

FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.

FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, em *Critica dir.*, 1998.

GEMMA; PELLATI, *Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

⁴¹ Por exemplo, a irrelevância probatória das declarações usadas para as contestações não descendia do direito de defesa (como, ao contrário, se fundamenta hoje o contraditório na formação da prova), mas certamente não contrastava nem com isso nem com outras garantias constitucionais.

GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1992.

GREVI, *Sull'applicabilità del nuovo articolo 513 c.p.p. nei processi in corso*, em *Diritto penale e processo*, 1997.

GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 2009.

MADDALENA, *I termini di un impegno*, em *Magistratura indipendente*, 1992.

MADDALENA, em *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, *Atti del convegno presso l'Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano, 1996.

MARZADURI, *Una sentenza additiva molto discussa, b) il diritto al silenzio del coimputato*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, *Relazione al X Congresso nazionale di Magistratura democratica*, Chianciano 29 ottobre/1° novembre 1993, em *Questione giustizia*, 1993.

PEPINO, *La posta in gioco e un primo sguardo d'insieme*, em *Questione giustizia (fascicolo speciale: Giustizia e Bicamerale)*, 1997.

PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992.

SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, em *Legislazione penale*, 1989.

TONINI, *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

UBERTIS, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, c) la previsione del giusto processo*, em *Diritto penale e processo*, 1998.

VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1998.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 06/11/2016
- Retorno rodada de correções: 06/03/2017
- *Autor convidado*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#custom-1>

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-assistente: 1 (BC)

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.