

CONFERENCIA

O MODELO ACUSATÓRIO DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Ada PELLEGRINI GRINOVER ¹

SUMARIO: I. *O modelo acusatório e a instrução processual penal no quadro das garantias.* II. *A instrução processual em Ibero-América.* III. *A instrução processual no processo penal de emergência.* IV. *Considerações críticas.* V. *Conclusões.*

I. O MODELO ACUSATORIO E A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL NO QUADRO DAS GARANTIAS

Como já tivemos oportunidade de observar, ² o novo modelo acusatório ibero-americano importa, fundamentalmente, em uma instrução processual penal informada pelos seguintes corolários: a) os elementos informativos colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do acusador, a ser eferida pelo juiz, 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.

São essas as características capazes de assegurar ao processo penal sua função de garantia, assim como vem claramente delineada pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelas Constituições de diversos países membros. E essas mesmas características, rigorosamente observadas, moldam o modelo acusatório de instrução processual penal, no quadro das garantias dos direitos humanos.

E o que se passa a verificar.

1 Professora titular de direito processual penal na Universidade de São Paulo.

2 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.

II. A INSTRUÇÃO PROCESSUAL EM IBERO-AMÉRICA

Tomando por base os relatórios nacionais apresentados a esta Relatora Geral nas XIV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual (La Plata, Argentina, abril de 1994),³ os modelos de instrução processual penal existentes em Ibero-América são os seguintes:

- a) modelo misto clássico, com juizados de instrução ainda informados, em grande parte, pelos princípios do sistema inquisitório, seguindo-se o debate público e oral;
- b) modelo misto intermediário, com juizados de instrução banhados pelo contraditório, seguindo-se o debate público e oral;
- c) modelo acusatório, todo público e oral, com a supressão dos juizados de instrução, substituídos por investigações preliminares destinadas exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público, conduzidas por este ou pela polícia judiciária.

1. *O sistema misto clássico*

A esse modelo, ainda preso aos princípios do sistema inquisitório, filiam-se os seguintes países: Chile, Colômbia, México, Venezuela, Uruguai (sistema vigente), além da Argentina, quanto aos Códigos provinciais que não passaram por reformas.

O Código unitário da Colômbia é de 1991, com as alterações introduzidas pela lei n. 81, de 1993. O Código do Chile, também nacional, vige a partir de 1907; o Código Federal do México é de 1934, sendo, entre os 33 códigos de processo penal vigentes, o que mais tem sido atualizado e o que maior influência tem exercido sobre os códigos locais, cujas soluções fundamentais não diferem das do primeiro. No Uruguai vige o Código de 1981, nacional. O Código de Processo Penal da Venezuela, também de caráter nacional, é de 1962, representando reforma parcial do Código de 1926; na Venezuela ainda existem, em matéria processual, a Lei Orgânica para a Salvaguarda do Patrimônio Público, aprovada pelo Congresso, mas ainda não promulgada pelo Presidente da República, que a devolveu ao Parlamento com observações; a Lei Orgânica

³ Foram os seguintes os relatores nacionais: Brasil, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scaranze Fernandes; Chile, Dr. Raul Tavolari Oliveros; Colômbia, Dr. Jorge Florez Gacharná; Costa Rica, Dr. Daniel González Alvarez; Espanha, Dr. Juan-Luis Gómez Colomer; Guatemala, Dr. Marcos Gabriel Salt; México, Dr. José Ovalle Favela; Peru, Dr. Carlos Parodi Remon; Portugal, Dra. Anabela Miranda Rodrigues; Venezuela, Dr. Pedro J. Mantellini; Uruguai, Dra. Raquel Landeira López.

sobre Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas, de 1993; a Lei de Benefícios no Processo Penal e a Lei de Liberdade Provisória sob Fiança.

Neste modelo, o processo é dividido em duas etapas, sendo a primeira relativa ao juizado de instrução (présumário e/ou sumário⁴ e a segunda, ao juízo (debate).

As principais características desse sistema, de acordo com as informações colhidas, são as seguintes:

a) quanto à etapa da instrução:

1) trata-se de etapa escrita e secreta, sendo que o informe mexicano prefere falar em publicidade restrita às partes e aos procuradores; no Uruguai, essas características acentuam-se no pré-sumário. Na Venezuela, mesmo na legislação especial mais recente, a oralidade só começa com o *acto de cargos*, praticado em audiência pública, já no plenário;

2) em alguns países, a etapa do sumário não é regida pelos princípios da concentração, da imediação, da identidade física de autoridade inquirente (Chile); em outros, apenas pela imediação (México) ou pela imediação e concentração (Venezuela), ou ainda pela identidade física (Uruguai);

3) o sumário pode ser dirigido por um juiz (Chile, Venezuela, Uruguai) ou pelo Ministério Público (Colômbia e México), mas em qualquer caso não existe a separação entre as funções de acusar, defender e acusar, havendo apenas o inquirente e o inquirido;

4) o sumário desenvolve-se inteiramente sem contraditório (no Uruguai, para o pré-sumário), ou em contraditório limitado (como na Colômbia, no Chile e na Venezuela e no sumário uruguaio onde, na prática, o inquirido pode requerer a produção de provas e o tribunal pode deferi-las, não lhe sendo dado, porém, intervir na prova; ou como no México, limitadamente a certos atos, como o interrogatório);

5) o direito de defesa, na instrução, não é assegurado no pré-sumário do Uruguai e no Chile, sendo que, neste país, a defesa só pode tomar conhecimento dos atos praticados com autorização judicial; e é fortemente limitado no México, na Venezuela e no sumário uruguaio, sendo que neste último sistema a assistência técnica pode tomar conhecimento dos atos praticados, exercendo sobre eles um certo controle;

6) as medidas cautelares (prisão, busca e apreensão, sequestro, interceptações telefônicas, etc.) são determinadas pela própria autoridade inquirente, com controle interno, pelos recursos aos tribunais superiores (Chile, Venezuel-

⁴ Essa etapa é também denominada, em vários dos países pesquisados, de *sumário*. No Uruguai, a instrução desdobra-se nas etapas do *pré-sumário* e do *sumário*.

la, Uruguai); e no México existe um juiz para as medidas cautelares, uma vez que a etapa de instrução é presidida pelo Ministério Público;

7) os direitos constitucionais não são observados na etapa de instrução do sistema urguai, inteiramente divorciado das garantias constitucionais e onde a prisão preventiva é a regra geral. No Chile, a única garantia constitucional que opera no sumário —no qual se utiliza a prisão cautelar, na maioria dos casos, como sanção penal antecipada— é o direito de o acusado não declarar contra si mesmo; no México, os direitos e garantias constitucionais atúam de forma bastante limitada, estando o sumário sujeito ao poder discricionário do Ministério Público, embora com possibilidade de recursos; na Venezuela, há direitos e garantias constitucionais asseguradas para o sumário mas, na prática, informa o Relator ser permanente a luta “contra as violações cometidas sobretudo pela polícia, o que exigiria a vigilância incessante do Ministério Público. Mas, importantes inovações relativas às garantias constitucionais e à liberdade do acusado submetido a processo forma introduzidas neste país pela legislação mais recente.

8. A etapa da instrução pode ser precedida por uma fase investigativa prévia, conduzida pela polícia, no Uruguai e na Venezuela. Não existe no Chile e no México.

b) A etapa do juízo:

1) desenvolve-se perante juiz monocrático, no México, no Uruguai e na Venezuela, sendo que nestes últimos países é o mesmo juiz da etapa do sumário que preside a do juízo;

2) a forma é escrita no México e no Uruguai; é escrita também na Venezuela, ressalvado o “*acto de cargos*”, que é oral, é oral nos demais países pesquisados.

3) a publicidade é ampla no México, na Venezuela e no Uruguai;

4) o princípio observado na etapa do juízo é o da imediação, no México e na Venezuela. Não se observam a concentração e a identidade física do juiz, excepto no sentido de ue é o juiz de etapa do sumário que preside a dos debates, na Venezuela e no Uruguai;

5) as provas colhidas na etapa do sumário ingressam livremente na do juízo, na Colômbia, no México e no Uruguai; na Venezuela ingressam livremente na etapa do juízo, mas nesta ssão submetidas a contraditório;

6) o juiz pode formar seu convencimiento, embasando-se livremente nas provas produzidas na etapa do sumário, no México e no Uruguai; na Venezuela, só pode apoiar-se nas provas produzidas na fase de instrução, se forem elas submetidas a contraditório posterior.

2. O sistema misto com instrução contraditória

Nesse modelo, que já representa um notável avanço com relação ao anterior, enquadram-se os seguintes países: Espanha,⁵ Portugal, Costa Rica (Código vigente), Peru e Uruguai (anteprojeto de Código de Processo Penal). Filia-se a esse sistema, também, o Código federal da Argentina. E, no Brasil, apenas o procedimento da instrução preparatória nos crimes de competência do Tribunal do Júri.⁶

Na Espanha, vige o Código de Processo Penal de 1882, como as, alterações posteriores (ver nota n. 4); em Portugal, o Código de 1987; na Costa Rica, o Código de 1973; no Peru, o Código encontra-se em período de *vacatio legis*; devendo entrar em vigor em 1º de janeiro de 1994. O Código federal argentino vigente é de 1991 e o brasileiro é de 1940.

O traço comum, nesse sistema, é a manutenção do processo bi-fásico, com uma etapa atribuída ao juizado de instrução e outra dedicada ao juízo.⁷ Mas a instrução não se reveste das características inquisitoriais próprias do sumário do sistema misto clássico, distinguindo-se nitidamente as funções do juiz, da acusação e da defesa, atribuídas a órgãos distintos, e abrindo-se a instrução ao contraditório.

Assim podem ser indicadas as características desse sistema, pelos países pesquisados:

a) quanto à etapa de instrução:

1) Em todos os países pesquisados, a instrução é dirigida pelo juiz instrutor, ressalvada a previsão do art. 785 bis LECRIM espanhola, em que a instrução,

⁵ Muito embora a Espanha tenha introduzido em seu sistema processual, em 1988 e 1992, respectivamente, o procedimento abreviado e o procedimento abreviado com juízo oral imediato, para delitos menores, ao lado do procedimento ordinário já previsto no Código, é importante ressaltar que mesmo esses novos procedimentos não suprimem a etapa do juizado de instrução.

⁶ Pelas disposições do Código, a fase instrutória perante o juiz preparador do Júri deveria destinar-se exclusivamente ao juízo de admissibilidade sobre a acusação e à declaração da competência do Tribunal do Júri (restrita aos crimes dolosos contra a vida). Se assim fosse, o sistema do Júri brasileiro seria enquadrável, na tipologia deste relatório (*vid. infra*), que cuida do sistema acusatório, sem juizados de instrução. Contudo, a praxis judiciária tem inchado a instrução, perante o juiz preparador, de tal modo que as provas nela produzidas, via de regra, não são repetidas perante o corpo de jurados, aos quais acabam sendo lidas, com exceção do interrogatório do acusado, que é indispensável. Preferiu-se, assim, incluir o sistema do Júri brasileiro no modelo misto, com instrução contraditória.

⁷ Na Espanha, discute-se a etapa instrutória, chamada de investigação ou procedimento preliminar, teria natureza jurisdicional ou administrativa, sendo opinião do relator nacional, Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, assim como do Dr. Manuel Ortells Ramos, autor de comunicação para essas Jornadas, revestir-se ela de natureza jurisdicional. A análise das funções da etapa preliminar, apontadas pelo relator nacional —e sobretudo o fato de que o juiz da instrução, que frequentemente procede de ofício, é quem declara processado o imputado, remetendo os autos, após a conclusão do sumário, ao tribunal para a fase do juízo oral —parece demonstrar sua natureza jurisdicional.

nos procedimentos abreviados, pode excepcionalmente, e sob certas condições, ser dirigida pelo Ministério Público;

2) A forma da instrução é escrita na Espanha, Costa Rica, Peru, e no Anteprojeto do Uruguai, ressalvados, evidentemente, os atos processuais orais por natureza, como os depoimentos; e é mista (escrita e oral), em Portugal e no Brasil, quanto aos procedimentos de competência do Júri;

3) A instrução é sigilosa em Portugal e no Peru.

É regida pela publicidade restrita às partes na Espanha (salvo nos casos em que seja declarado, especial e limitadamente, o sigilo) e no Anteprojeto do Uruguai.

Na Costa Rica, por decisão de Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, as partes têm amplo acesso aos atos da instrução e, apesar da vedação quanto às pessoas alheias ao processo, os meios de comunicação têm acesso às informações nele contidas e as divulgam ao público.

A publicidade é ampla no Brasil, na instrução dos processos de competência do Tribunal do Júri.

4) Os princípios que regeme a instrução são, no Peru, a concentração, a imediação e a identidade física do juiz; em Portugal, a concentração e a imediação; no Anteprojeto do Uruguai, a identidade física do juiz instrutor e do juiz do debate.

Na Espanha, na Costa Rica e no Brasil (para a instrução preparatória do Júri), os princípios mencionados não se aplicam à etapa da instrução.

5) Em todos os países analisados, na instrução as funções de acusar, defender e julgar são separadas e atribuídas a órgãos distintos;

6) Com exceção do Peru, em todos os sistemas estudados a instrução se desenvolve em contraditório pleno.

Na Espanha, prevê-se expressamente a produção antecipada da prova, em incidente processual, para os casos legalmente contemplados. Todavia, há hipóteses em que a prática do ato pode ser acompanhada apenas pelo Ministério Público e ainda casos de sigilo nas diligências, declarado pelo juiz.

7) O direito de defesa é plenamente observado em todos os países analisados, tendo sido extraordinariamente potenciado pela Constituição, na Espanha e na Costa Rica.

8) Quanto às medidas cautelares, pessoais e reais, são elas de competência do juiz da instrução em todos os países pesquisados.

Na Espanha, o ordenamento permite excepcionalmente a expedição de provimentos cautelares por parte do Ministério Público e da Polícia Judiciária, com controle posterior e imediato do juiz da instrução.

Os provimentos cautelares, em todos os países, estão submetido ao controle jurisdicional, pelos recursos ordinários ou por *habeas corpus*.

9) Os direitos e garantias constitucionais, amplamente assegurados na etapa da instrução, são efetivamente operantes e sua observância é submetida ao controle dos tribunais superiores, em todos os países.

A Espanha ressalta o avanço da Constituição de 1978, que incorporou diversas garantias processuais.

Na Costa Rica, a Sala Constitucional tem exercido um acurado controle da observância das garantias processuais, cujo primeiro guardião são o juiz e o Ministério Público.

O Anteprojeto do Uruguai reafirma todas as garantias oriundas da Constituição e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Há instrumentos processuais adequados, em todos os países —incluindo, em alguns deles, o *habeas corpus*— para assegurar a efetiva operacionalidade dos direitos e garantias fundamentais na fase de instrução. O *habeas corpus* brasileiro é utilizado não somente em relação à privação da liberdade, mas também como controle sobre o procedimento, que deve ser pautado pelas garantias do *devido processo legal*.

10) A etapa da instrução é precedida por uma fase investigativa prévia, necessária em Portugal, no Peru e no Brasil (neste país, pelo menos no tocante aos crimes da competência do Tribunal do Júri); e eventual na Espanha, na Costa Rica e no Uruguai.

A investigação prévia é conduzida pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia Judiciária, em Portugal e no Peru. Nos demais países, é levada a cabo diretamente pela Polícia, normalmente a Polícia Judiciária, com exceção do Uruguai, que não conta com uma polícia judicial.

Na Espanha, a Polícia Judiciária é órgão auxiliar do Poder Judiciário e do Ministério Público, trabalhando sob as ordens destes. Se os fatos investigados se caracterizam como infrações penais, a fase investigativa incorpora-se fase judicial de instrução. Se os fatos não constituírem delitos, a fase conserva caráter administrativo.

Na Costa Rica, a investigação da Polícia Judiciária submete-se, por disposição legal, às mesmas normas aplicáveis à etapa de instrução. Uma vez que haja intervenção do juiz da instrução ou do Ministério Público, a polícia passa a estar subordinada às suas ordens.

No Anteprojeto uruguaio, é expressa a determinação de que as informações administrativas da fase investigativa policial só podem ter valor de indicação para a instrução, carecendo de qualquer força probatória.

No Brasil, a Polícia Judiciária integra o Poder Executivo, mas é submetida ao controle externo do Ministério Público (órgão considerado como exercendo funções essenciais à Justiça e contemplado fora do capítulo do Poder Ju-

diciário e do Poder Executivo, ao qual são asseguradas todas as garantias da magistratura).

b) quanto à etapa do juízo:

1) O juízo desenvolve-se perante um juiz monocrático —que é o mesmo da instrução— no Anteprojeto uruguaio; perante um juiz unipessoal ou um tribunal colegiado, conforme o caso, na Espanha e na Costa Rica; sempre perante um tribunal colegiado, em Portugal e no Peru.

E, no Brasil, perante o Tribunal do Júri, pois só a instrução dos processos da competência deste submetem-se ao regime bi-fásico.

2) Em todos os países pesquisados, a etapa do juízo é pública, sendo regida pelos princípios da concentração, da imediação e da identidade física do juiz.

A oralidade é plena na maioria dos países, como exceção de alguns atos preparatórios escritos no Anteprojeto Uruguaio (acusação e defesa), prosseguindo depois o processo por audiências. Também na Costa Rica, embora o juízo seja essencialmente oral, há alguns atos escritos, como também acontece no Brasil, para os atos preparatórios do julgamento do Tribunal do Júri.

3) A atividade probatória da etapa do juízo destinase à formação do convencimento judicial sobre a pretensão punitiva, em todos os países.

Mas duas questões devem ser realçadas: há que saber-se, em primeiro lugar, se, na etapa do juízo, podem ser aproveitadas as provas produzidas na etapa de instrução; e, em segundo lugar, se o juiz ou tribunal, para julgar o mérito, pode apoiar-se nas provas produzidas durante a instrução.

E aqui as respostas divergem.

a) quanto ao aproveitamento, na etapa do juízo, das provas produzidas durante a instrução:

No Anteprojeto uruguaio, todas as provas que tenham sido submetidas a contraditório na etapa da instrução ingressam livremente na fase do juízo. É o mesmo sistema do Júri brasileiro, que incorpora perante os Jurados as provas produzidas durante a instrução, todas submetidas a contraditório nesta.

Na Costa Rica, todas as provas lícitas, relevantes e pertinentes, produzidas na instrução ingressam livremente na fase do juízo, sendo submetidas a contraditório nesta. Assim também ocorre no Peru.

Portugal informa que somente as provas irrepetíveis (como o exame do corpo de delito) ingressam livremente na fase do juízo, sendo submetidas a contraditório nesta segunda etapa.

Na Espanha, somente são consideradas provas as produzidas na fase do juízo, não podendo ser aproveitadas as da instrução, salvo quando se trate de prova antécipada, em incidente probatório, que se desenvolve segundo os mesmos

princípios que regem o juízo oral. O relatório, porém, também se refere à “leitura de diligências sumariais, sob pressupostos estritos”.

b) quanto à formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito poder basear-se, ou não, nas provas produzidas na instrução:

O Uruguai, pelo Anteprojeto, admite que na etapa do juízo o juiz do debate forme seu convencimento com base nas provas produzidas em contraditório na fase da instrução. O mesmo ocorre no Brasil, onde, porém, o veredicto dos jurados —que julgam sobre os fatos— é de consciência, não sendo motivado.

Na Costa Rica e no Peru, as provas da instrução, desde que submetidas a contraditório na etapa do juízo, embasam o convencimento do juiz ou tribunal do mérito. O mesmo ocorre em Portugal, quanto às provas irrepetíveis submetidas a contraditório perante o tribunal.

Na Espanha, coerentemente com a linha segundo a qual só as provas produzidas antecipadamente em incidente probatório, regido pelas mesmas regras aplicáveis ao debate oral, podem ingressar na etapa do juízo, somente nestas dentre, as colhidas durante a instrução, pode fundamentar-se a decisão do juiz ou tribunal do mérito, observada, porém, a possibilidade de leitura das diligências sumariais, sob certos pressupostos, a que o relatório se refere e que também podem embasar a formação do convencimento do juiz ou tribunal.

Quanto à previsão de outros procedimentos, diversos do indicado, nos países descritos, não existem em Portugal, enquanto nos demais há procedimentos simplificados para as contravenções e, na Costa Rica, também para os delitos de trânsito. O procedimento abreviado e o procedimento abreviado com juízo oral imediato, da Espanha, assim como os procedimentos brasileiros diversos do preparatório do Júri serão analisados adiante, no n.2.3 deste relatório.

3. *O sistema acusatório sem juizados de instrução*

A última etapa do caminho evolutivo da instrução rumo ao modelo acusatório cumpre-se pela adoção de um sistema que aboliu os juizados de instrução, substituindo-os por uma fase investigativa prévia de índole administrativa, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público quanto à acusação e cujos elementos informativos não são consideradas provas, nem podem fundamentar a decisão de mérito. Após a investigação preliminar, oferecida a acusação, inicia-se o processo, todo moldado pelo contraditório e conduzido em audiências públicas, sendo empreendido de maior ou menor oralidade, conforme os diversos países.

Filiam-se a esse sistema, que é o do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, o Brasil, para os crimes que não sejam da competência do Tribunal do Júri,⁸ a Guatemala e o Anteprojeto de Costa Rica. Seguem o mesmo modelo os códigos argentinos das Províncias de Tucumã, de Córdoba e de Santiago del Estero. A Espanha poderia ser enquadrada neste sistema somente com relação à hipótese excepcionalíssima do art. 785 bis LECRIM, relativa a casos muito restritos atinentes aos procedimentos abreviados, Parece mais adequado, todavia, enquadrar esse caso excepcional dentre os sistemas que mantêm os juizados de instrução, confiando esta ao Ministério Público (*vid. supra*).

O Código de Processo Penal brasileiro é de 1940; o da Guatemala é de 1992, devendo entrar em vigor a 7 de dezembro de 1993; Costa Rica está com seu Anteprojeto em fase de elaboração.

São as seguintes as características fundamentais do processo, nos países agrupados nesse sistema:

a) quanto à investigação prévia, de índole administrativa:

1) a finalidade desta etapa é a de colher elementos informativos para a formação do convencimento do acusador, a fim deste poder, oportunamente, acusar ou não na base de sua *opinio delicti*;

2) durante a investigação, o juiz intervém necessariamente para autorizar as medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público, bem como para presidir à colheita das provas antecipadas, em contraditório;

3) o juiz das medidas cautelares é juiz diverso do do processo, no Código Modelo, na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica; é o mesmo juiz da futura instrução e julgamento, no Brasil;

4) a etapa das investigações é dirigida pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia judiciária, no Código Modelo, na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica. No Brasil, é a polícia que dirige as investigações, submetida apenas ao controle externo do Ministério Público, que pode a qualquer momento intervir nas investigações. Ainda no Brasil, a investigação prévia, nos crimes falimentares, é conduzida pelo próprio juiz da instrução e julgamento;

5) esta fase é regida por um contraditório mitigado, que se justifica abaixo, estando nela prevista a presença (facultativa) do defensor;

6) os elementos informativos colhidos na fase de investigação prévia não são admitidos no processo como provas, salvo quando se tratar de provas irrepetíveis (como o exame de corpo de delito), sendo neste caso submetidas a contraditório no próprio processo, ou quando se tratar de provas colhidas antecipadamente em contraditório, perante o juiz;

8 Para estes, *vid. supra*.

7) esse não aproveitamento dos elementos informativos é rigoroso no Código Modelo, na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica. É menos rigoroso no Brasil, onde os autos da investigação permanecem apensados aos do processo, acabando frequentemente por influir sobre a formação do convencimento do juiz.⁹

8) no Código Modelo e em todos os países pesquisados, o juiz do mérito não pode formar seu convencimento com base nos elementos informativos colhidos na etapa da investigação, embora no Brasil ainda haja resquícios dessa prática.¹⁰

b) quanto a processo:

1) instaurado o processo, este se desenvolve todo em contraditório pleno, por audiências públicas, sendo regido pelos princípios de imediação, no Código Modelo e em todos os países; também pelo da concentração (no Código Modelo, na Guatemala, no Anteprojeto da Costa Rica e no Brasil, no procedimento sumário¹¹ e pelo da identidade física do juiz, com exceção do Brasil;

2) No Código Modelo e em alguns países pesquisados, o processo prevê uma fase preliminar, destinada exclusivamente ao juízo de admissibilidade sobre a acusação (Guatemala, Anteprojeto da Costa Rica, Brasil apenas para os crimes praticados por funcionários públicos e contra a propriedade imaterial¹² e os crimes de competência do Tribunal do Júri;¹³

3) essa etapa preliminar, quando existente, pode consistir somente na abertura do contraditório, necessária ao juízo de admissibilidade da acusação (Brasil, nos crimes praticados por funcionários públicos), ou caracterizar verdadeira instrução probatória, como nos demais casos mencionados acima;

9 As propostas de reforma do Código de Processo Penal brasileiro prevêem o desentranhamento das peças investigativas do processo, com exceção das provas irrepetíveis, após o recebimento da acusação pelo juiz, de modo a evitar esse inconveniente.

10 Ver nota anterior.

11 O Código Penal brasileiro apena os crimes, segundo a gravidade, com pena de ereclusão ou pena de detenção, residindo a distinção na diferença de procedimentos: ordinário, para os crimes apenados com ereclusão, e sumário, para os crimes apenados com detenção.

12 Também nesse ponto, as propostas de reforma ao Código de Processo Penal instituem essa fase preliminar, obrigatória, para todos os procedimentos, exceção feita ao destinado às infrações penais de menor potencial ofensivo (assim entendidas as apenadas em, no máximo, dois anos de pena privativa da liberdade).

13 Na verdade, a instrução perante o juiz preparador do Júri, que teria, pela lei processual, como finalidade precípua o juízo sobre a admissibilidade da acusação e a declaração da competência do Tribunal do Júri, tem contornos mais amplos: na praxis judiciária, acabou transformando-se em verdadeira etapa processual instrutória, em contraditório, uma vez que as provas colhidas nesta fase são introduzidas, mediante leitura, no juízo perante o corpo de jurados, que na maioria das vezes se limita a ter contato direto com o acusado, pela via do interrogatório. Por isso, na atipologia deste relatório, incluímos o procedimento do júri brasileiro nos sistemas que adotam o modelo misto, com instrução contraditória (*supra*, n. II. 2.).

4) existindo o juízo prévio de admissibilidade, é ele atribuído ao mesmo juiz do mérito (Brasil, para os crimes dos funcionários públicos), ou a juiz diverso do tribunal do mérito (Código Modelo, Guatemala, Projeto da Costa Rica e Brasil, nos procedimentos de competência do Júri).

III. A INSTRUÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

Cumpra assinalar que, entre os países pesquisados, Espanha, Costa Rica, Guatemala e Uruguai não contemplam qualquer procedimento especial para o crime organizado ou os crimes mais graves.

Portugal prevê normas aplicáveis a esse tipo de criminalidade, no próprio Código, possibilitando a busca e apreensão pela própria polícia e a incomunicabilidade do preso, salvo o defensor, até o primeiro interrogatório: mas essas regras que não incidem sobre a estrutura da instrução.

No Peru, para os delitos de terrorismo, tratados em lei especial de 1992, encontram-se dispositivos sobre a conservação do detido em prisão cautelar até a sentença absolutória, mas também não há indicação de reflexos da lei sobre o sistema instrutório.

Na Venezuela, a Lei Orgânica sobre Substâncias Entorpecentes e Psicótropicas não apresentam alterações de monta quanto ao sistema processual, no tocante à instrução e ao juízo.

No Brasil, tem havido Projetos destinados à luta contra o crime organizado, que, da mesma forma, não modificam a estrutura do procedimento.

Diversa é a situação da Espanha e da Colômbia, cujos Códigos incluem normas sobre o crime organizado, com reflexos, menores ou maiores, na instrução processual.

Assim, na Espanha —onde a essas infrações se aplicarão, conforme o caso, os diversos procedimentos previstos na lei processual— o legislador introduziu diversas disposições na LOPJ, no Código Penal e na LECRIM, que afetam a competência, o direito de defesa, as medidas cautelares, etc. Mas essas regras incidem mais sobre a atuação da polícia e sobre os direitos do acusado —incluindo a suspensão do cargo público, a suspensão das medidas de encarceramento, o prolongamento da prisão provisória, a incomunicabilidade do preso, etc. —do que sobre a estrutura da instrução processual.

Já na Colômbia existem regras processuais da maior relevância para a instrução processual, como as que prevêm a proteção da identidade de funcionários, diversos do Ministério Público; foi criada a figura da *testemunha sem rosto*, da qual se consigna em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado pelo Ministério Público, que deverá indicar os elementos que pos-

sam ser úteis ao juiz ou ao próprio Ministério Público (que preside a instrução) para valorar a credibilidade da testemunha; de se lembrar, ainda, o interrogatório do acusado sem a presença do defensor, na etapa do sumário, quando o imputado estiver correndo perigo de morte.

IV. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Dito isto, algumas considerações críticas surgem do cotejo entre os três modelos acima compendiados e pela introdução, em alguns países, do denominado *processo penal de emergência*.

a) Sistema misto clássico

Resulta evidente que o primeiro dos sistemas vistos, baseado no modelo misto clássico, com juizados de instrução secretos e inquisitivos, não se coaduna com as exigências de um processo cioso das garantias constitucionais e preocupado em equilibrar as instâncias de prevenção e repressão penais com os valores próprios da dignidade do homem.

A maioria dos relatores nacionais dos países que ainda o adotam não lhe poupam críticas: as mais veementes são as do Uruguai, cuja relatora indica os pontos em que o processo vigente vulnera princípios constitucionais e garantias expressamente previstas na Convenção Americana dos Direitos do Homem. Os relatórios do Chile e do México também investem contra o sistema vigente em seus respectivos países: o processo chileno, afirma-se, com as três funções —de investigar, acusar o sentenciar— confundidas no mesmo juiz, não pode ser um processo racional e justo. E no México, diz o relator, os direitos e garantias constitucionais não são efetivamente operantes na fase de instrução, por dependerem apenas do poder discricionário do Ministério Público, sujeito exclusivamente à hierarquia interna.

Ademais, o referido modelo encontra-se superado pelas tendencias atuais do processo penal moderno, permanecendo como resquício de sistemas ultrapassados, anteriores às grandes reformas da Europa continental do século XIX e imunes às reformas constitucionais do século XX.

Pode-se considerá-lo, assim, como um processo penal de natureza estritamente inquisitorial, apegado a princípios antigos, pelos quais a prevenção e repressão dos crimes e a busca da verdade real ainda são tidos como os valores mais relevantes, a ser buscados incessantemente, mesmo com prejuízo dos direitos e liberdades individuais.

Espera-se que a sensibilidade dos relatores nacionais represente a opinião dominante nos países latino-americanos que ainda adotam esse sistema, levando às reformas necessárias para coaduná-lo com as modernas tendências do processo penal.

b) sistema misto com juizados de instrução contraditórios

Esse modelo pode ser considerado intermediário, representando um notável avanço como relação ao primeiro. Distingue-se do sistema acusatório mais atual, pelo fato de conservar os juizados de instrução, conferindo-lhes, porém, caráter contraditório.

Embora tenham os juizados de instrução perdido, nesse modelo, suas características inquisitoriais, distinguindo-se nitidamente as funções de acusar, defender e julgar, o sistema ainda não consegue despir-se, nesta fase, de alguns vícios que foram incorporadas pelo sistema inquisitivo: a forma escrita, publicidade restritas às partes, a ausência de imediação, concentração e identidade física do juiz, ficando ainda distante das marcas próprias de um verdadeiro processo acusatório, público e oral, todo desenvolvido por audiências perante o próprio juiz ou tribunal do mérito.

A operatividade dos direitos e garantias constitucionais do acusado na etapa instrutória ainda não é plena, em diversos países pesquisados pertencentes a esse grupo. E, em vários deles permite-se o aproveitamento da prova produzida durante a instrução na etapa do juízo, de modo que o juiz ou tribunal de mérito nem sempre usufruiu do contato direto com as provas, formando seu convencimento na base de elementos probatórios de cuja produção não participou.

Que ainda não seja o sistema ideal, demonstram-no os países que, embora adotando-o, estão procedendo a estudos para sua reforma: é o caso sintomático da Costa Rica, cujo relatório indica a nítida tendência no sentido do abandono de sistema atualmente vigente, para filiar-se, com o projeto em andamento, ao sistema acusatório que suprime os juizados de instrução.

Mas para a transformação, não bastará, evidentemente, a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público —como ocorreu na Colômbia e como alguns especialistas preconizam na Espanha, onde por enquanto existe o precedente excepcionalíssimo do art. 785 bis LECRIM.¹⁴ Essa postura é contrariada, com toda a razão, pelo relator nacional e pelos autores de comunicações: confiar a etapa da instrução processual ao Ministério Público significa, em última aná-

14 Ver *supra*, II. 2.

lise, preservar as deficiências supra apontadas e retirar dos juizados as garantias do controle jurisdicional —o que é mais grave ainda.

Seria necessário, isso sim, eliminar a etapa processual dos juizados de instrução, substituindo-a por uma investigação preliminar, de caráter administrativo, confiada ao Ministério Público e à polícia, cuja função fique rigorosamente confinada à colheita dos elementos informativos necessários à oportuna apresentação da acusação. Durante essa fase, os provimentos cautelares, de natureza pessoal e real, devem permanecer adstritos à exclusiva competência de um juiz, também encarregado da produção antecipada das eventuais provas urgentes, em incidentes probatórios banhados pelo contraditório pleno.

É o que ocorre no modelo seguinte.

c) O sistema acusatório sem juizados de instrução

Trata-se do sistema idealmente melhor, adotado na Alemanha e na Itália e que se vai disseminando pela América latina, graças ao Código Modelo.

Preservados os princípios caros ao modelo acusatório, no pleno respeito e operatividade de todas as garantias constitucionais; observadas as pautas de um processo verdadeiramente público e oral, em todas as suas fases, todo impregnado pela concentração, pela imediação e pela identidade física do juiz ou tribunal do mérito, perante o qual o processo se desenvolve por audiências, respeita também a busca da efetividade e da eficiência do processo, permitindo maior celeridade e evitando a duplicação da colheita das provas.

Pode ser dividido em duas fases, uma destinada ao juízo de admissibilidade da acusação, com o intuito de cortar muitos processos penais no nascedouro, quando lhes faltarem os requisitos de admissibilidade. Nesta hipótese, conveniente será que o juiz da admissibilidade, que teve contato com os elementos informativos preliminares, colhidos pelo Ministério Público e pela polícia judiciária, seja diverso do juiz ou tribunal de mérito, que julgará sobre a procedência ou improcedência de acusação, à luz das provas que lhe forem apresentadas.

O processo é precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia judiciária, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público sobre o oferecimento, ou não, de sua acusação, sendo que os elementos informativos nela colhidos não poderão, de forma alguma, ser aproveitados no processo nem servir para a formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito.

Durante a fase investigativa prévia, os provimentos cautelares, pessoais e reais, são da exclusiva competência do juiz, assim como a produção antecipada de eventuais provas urgentes, que se fará em contraditório pleno.

d) o processo penal de emergência

Somente a Colômbia, entre os países pesquisados, introduziu em seu Código um verdadeiro processo penal de emergência, destinado ao crime organizado, com verdadeiros reflexos na instrução processual. Na Espanha, como visto, as normas atinentes à luta contra o crime organizado não afetam de modo relevante a instrução processual.¹⁵

Mas, na Colômbia, se é certo que as normas processuais de emergência também não incidem propriamente sobre a estrutura do sistema processual, é igualmente certo que representam elas sérias restrições a formalidades processuais, entendidas como garantias das partes e do devido processo penal.

A preservação da identidade de funcionários da justiça e de testemunhas, se tem o elevado propósito de proteger sua incolumidade, representa uma grave transgressão a um processo transparente, em que o contraditório seja observado em todas as suas manifestações. E o interrogatório sem a presença do defensor parece ter levado longe demais as preocupações com a incolumidade do acusado.

Mas certamente não é fácil encontrar o justo equilíbrio entre graves situações emergenciais e um processo plenamente garantidor. Será interessante saber, dos congressistas colombianos, se essas normas têm sido aplicadas e, sendo-o, se se têm demonstrado eficazes para os fins a que se destinam. E indagar, sobretudo, se a construção de um processo penal de emergência pode efetivamente ser considerado uma arma efetiva contra o crime organizado, ou se são outros os caminhos pelos quais essa luta deve passar.

V. CONCLUSÕES

1. É oportuno lembrar, em primeiro lugar, a lição de Alfredo Vélez Mariconde, Projetista do Código da Província de Mendoza, quando afirmava que:

para nós, o problema não consiste apenas em decidir se a instrução preparatória deve ser efetuada por um juiz ou se às vezes pode ser confiada ao Ministério Público, ou seja, qual deve ser o órgão da instrução. Nosso processo de conhecimento consta

¹⁵ Ver *supra* n. III.

de duas etapas: instrução e juízo; mas às vezes é precedida por uma investigação preliminar a cargo da polícia judiciária, que atua sob a direção do Ministério Público. Deve-se resolver se em algum desses casos se pode prescindir da primeira e acelerar o procedimento, conferindo ao Ministério Público algumas atribuições que, com o auxílio desse órgão técnico, lhe permitam solicitar a citação direta do imputado perante o tribunal do juízo. Esta é a colocação correta do problema, porquanto se reconhece que o Ministério Público não pode ter as mesmas atribuições do juiz: entre os dois tipos de instrução não existe apenas uma diferença de órgãos.¹⁶

Punha, assim, o Mestre de realce a antítese entre o sistema de instrução formal e o de citação direta.

2. Têm sido apontados, pelos diversos relatores argentinos cujas comunicações serviram de base aos relatórios gerais do referido país, os inconvenientes apresentados pelo sistema de instrução formal, como segue:

- carência de imparcialidade do juiz que acumule as funções de investigar com as inerentes à função jurisdicional.¹⁷ A mesma crítica aplica-se ao Ministério Público, que na instrução formal seja encarregado ao mesmo tempo das tarefas de investigar e das próprias do órgão jurisdicional;
- falta de objetividade do juiz (ou do Ministério Público) que seja incumbido das funções de investigar e das de julgar na etapa da instrução formal;¹⁸
- inversão dos papéis, pois o juiz investiga e o Ministério Público se limita ao mero controle sobre a investigação;¹⁹
- repetição da investigação, pois na fase do juízo volta-se a a repetir as provas produzidas no pré-sumário e no sumário.²⁰

3. Em contrapartida, os autores argentinos salientam as vantagens do sistema de citação direta:

- eficácia do sistema;
- sua agilidade;
- o domínio sobre a estratégia da investigação;
- o perfil garantidor do sistema.²¹

16 Exposição de Motivos do Código de Mendoza (Lei 4067), transcrita no n. 17 do Relatório argentino de Pedro Bertolino.

17 Cafferata Nores, Chiara Diaz, Sánchez e Di Gregorio, citados no Relatório Bertolino, n. 29.

18 Ver os autores citados na nota *supra*.

19 Assim Chiara-Diaz e Cafferata a Nores.

20 V. Vázquez Rossi, citado no n. 29 do Relatório Bertolino.

21 Assim, sobretudo, Cafferata Nores, citado no Relatório Bertolino, n. 31.

4. Cumpre salientar, sob esse último aspecto, que todos os relatores argentinos entendem ser a solução da citação direta a que melhor assegura a operatividade dos direitos e garantias constitucionais para o imputado.²²

5. Em suas profundas e instigantes conclusões, Pedro Bartolina põe de realce a tensão entre o modelo gaantidor, imposto pela Constituição, e o modelo de processo penal de tipo inquisitorial ou misto, ainda em grande parte imperante na Argentina.

E, a partir dessa dicotomia, sugere que se separem as vertentes ideológicas das vertentes técnico-jurídicas dos modelos propostos, a fim de superar qualquer aporia.

Se, porém, para o aspecto ideológico, entende necessária, em todos os ordenamentos, uma firme decisão político-jurídica para que se adote a ideologia garantidora contida no modelo do Código Tipo para Ibero-América, sustenta que, sob o aspecto técnico-jurídico, cada país (ou ordenamento) deve adequar o modelo às características próprias de cada povo, adaptando as soluções sugeridas à realidades de cada qual.²³

6. Concordamos, somente *em parte*, com estas últimas sugestões. Sem deixar de lado as particularidades necessárias à perfeita aderência de cada processo à realidade sócio-política subjacente, parece-nos que a escolha de um determinado sistema processual —e, no que diz respeito à instrução, a escolha do sistema misto ou do sistema que suprime a fase da instrução formal— não seja uma questão de mera política legislativa.

Como já tivemos oportunidade de escrever, os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a eficiência.²⁴

A técnica básica de que o novo processo penal se utiliza, para a observância desses princípios maiores, reside na estrutura 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.

Não há dúvida de que menosprezar a dimensão técnica do direito —e do processo— é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a mero diletantismo, quando não a charlatanismo.²⁵

22 V. Relatório Bertolino, ns.34/36, citando Vázquez Rossi, Chiara Diaz e Jorge García, De seta.

23 Bertolino, ns. 47 e 48.

24 Ada Pellegrini Grinover, *Lineamentos gerais*, cit., p. 134.

25 Assim José Carlos Barbosa Moreira, Discurso proferido no Instituto de Advogados Brasileiros, agradecendo a outorga da Medalha Teixeira de Freitas, in *Reflexões sobre direito e sobre processo*, Rio de Janeiro, 1992.

Más a técnica tem função ancilar e deve estar a serviço das finalidades maiores que o direito se propõe, e que são ao mesmo tempo finalidades jurídicas, mas também sociais e políticas. Por isso, o processo deve servir-se da técnica para atingir seus objetivos principais, que são os do garantismo e da eficiência.

Para além da mera técnica, a decisão do legislador processual representa uma escolha ideológica e valorativa e tem, conseqüentemente, implicações políticas. Há que fugir, hoje, do conceito de um processo neutro, o qual costuma esconder, sob esse rótulo, sistemas que não retratam os anseios da sociedade e que não estão comprometidos com os objetivos sociais e políticos do próprio processo.

Assim, como conclusão última deste trabalho, diríamos que o modelo básico de instrução do Código Modelo para Ibero-América deveria estimular os países membros da comunidade luso-hispano-americana a procederem às reformas necessárias para a adoção do sistema acusatório de instrução, abandonando o misto, próprio dos juizados de instrução que, como se salientou, não é apto a atingir as finalidades maiores do processo. Observando-se, evidentemente, em cada país ou em cada ordenamento, as peculiaridades próprias, necessárias à perfeita aderência do modelo acusatório de instrução à realidade sócio-política subjacente.