

A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL EM IBERO-AMÉRICA

Ada PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *O Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América*. III. *O novo processo penal na América Latina*. IV. *A instrução processual penal em Ibero-América*. V. *Considerações críticas*. VI. *Conclusões*.

I. INTRODUÇÃO

Na qualidade de relatora geral do tema “A instrução processual penal em Ibero-América”, tive oportunidade de apresentar às XIV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (La Plata, Argentina, 24 a 27 de abril de 1994) o relatório geral baseado em informes nacionais, compostos de respostas a questionários previamente distribuídos, recebidos dos seguintes países:

Brasil (relatores, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes); Chile (relator, Raúl Tavorari Oliveros); Colômbia (relator, Jorge Florez Gacharn); Costa Rica (relator, Daniel González Álvarez); Espanha (relator, Juan-Luis Gómez Colomer; comunicações, Victor Fairén-Guillén e Manuel Ortells Ramos); Guatemala (relator, Marcos Gabriel Salt, da Argentina); México (relator, José Ovalle Favela); Peru (relator, Carlos Parodi Remón); Portugal (relatora, Anabela Miranda Rodrigues); Salvador (relator, Rolando García Mendoza); Venezuela (relator, Pedro J. Mantellini); Uruguai (relatora, Raquel Landeira López; comunicação do Adolfo Gelsi Bidart).

De 1994 para cá, a situação em alguns países se modificou, em virtude de alterações legislativas operadas nos respectivos códigos de processo penal. Desse modo, o relatório geral foi atualizado, retratando a situação hoje existente no presente trabalho.

Dito isto, passa-se a verificar a influência, nos países latino-americanos, do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, que suprime os juizados de instrução, prevendo uma etapa de investigações prévias a cargo do Ministério Público e um processo em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos.

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

Em 1988, quando o projeto final de Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, a esmagadora maioria dos países da América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com procedimentos escritos e secretos, as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiadas ao mesmo juiz, a compressão dos direitos de defesa, o sistema probatório articulado em torno da confissão, a prisão cautelar como regra.

As raríssimas exceções eram representadas pelo Código da Província de Córdoba, que desde sua promulgação, em 1939, havia instaurado um juízo público, oral, contraditório e contínuo, influenciando sobre alguns outros códigos provinciais argentinos, denominados “códigos modernos”; pelo Código de Costa Rica, que tinha recepcionado o de Córdoba e pelo Código de Processo Penal unitário do Brasil, de 1940, que abolira os juizados de instrução e adotara uma investigação prévia a cargo da polícia judiciária, com o processo desenvolvido integralmente em contraditório público.

A postura adotada pelo Código Modelo —cujos estudos haviam partido das propostas das V Jornadas Ibero-Americanas de Cartagena (1977), acolhendo as bases de Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba e as bases de Clariá-Olmedo e Velez Mariconde para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina— rompia, portanto, com a tradição anterior amplamente majoritária. E, a partir daí, começaram a disseminar-se as novas tendências do processo penal ibero-americano, configuradas no Código-Modelo da seguinte maneira: *a)* adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; *b)* supressão dos juizados de instrução; *c)* atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; *d)* intransponibilidade para o processo dos elementos

probatórios recolhidos na investigação, destinados exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral, em contraditório; f) procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g) previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h) existência de procedimentos abreviados; i) supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j) tribunais integrados por elementos do povo; k) adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l) suspensão do processo em caso de revelia; m) preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n) jurisdicionalização da execução; o) efetivação das garantias do devido processo legal.

Aos poucos, essas idéias foram permeando encontros de estudiosos, eventos e congressos internacionais e nacionais, conferências e debates. O que parecia distante e irreal começou a tornar-se próximo e concreto. A cultura do processo penal estava mudando. E, sob esse ponto de vista, a influência política do Código Modelo foi notável.

Como se proclamou na Exposição de Motivos, a elaboração de um Código Modelo procurava servir de base a uma impostergável política renovadora, atendendo à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana, em grande parte ainda atrelados ao processo penal antigo. E nesse aspecto o Código Modelo atingiu plenamente seus objetivos. Em toda parte começaram os movimentos de reforma. O “modelo acusatório” tornou-se um referencial e é sintomático que mesmo os países que não chegaram a adotá-lo a ele se refiram, considerando-o, bem ou mal, inspirador da reforma.

Se a influência política do Código Modelo é um dado de fato, caracterizando-se como elemento definidor de um novo quadro jurídico-cultural, cumpre sobretudo examinar a influência concreta que veio a exercer no plano técnico-legislativo, é dizer, nas reformas legislativas dos diversos países da América Latina.

III. O NOVO PROCESSO PENAL NA AMÉRICA LATINA

Incorporaram integralmente as idéias fundamentais do Código Modelo os Códigos de Processo Penal dos seguintes países, promulgados a partir desta última década, por ordem de entrada em vigor:

- Argentina (códigos provinciais de Tucuman, 1991; Córdoba, 1992, e Buenos Aires, 1997).
- Guatemala (código de 1992, com vigência a partir de 1994).
- Costa Rica (código de 1996, em vigor desde 1998).
- El Salvador (código de 1996, vigendo desde 1999).
- Paraguai (código de 1998, com vigência a partir de 1999).
- Chile (entrada em vigor em 2000, nas regiões IV e IX).
- Bolívia (código de 1999, em vigor desde 2001).
- Honduras (em vigor a partir de fevereiro de 2002).

Foram promulgados, mas ainda não entraram em vigor, os códigos dos seguintes países, profundamente influenciados pelo Código Modelo, mas onde o prazo de *vacatio legis* vem sendo prorrogado:

- Peru (código de 1991, só vigendo parcialmente).
- Venezuela (código de 1998).

Nesta mesma situação encontra-se o código da Província argentina de Chubut.

Igualmente influenciados pelo Código Modelo foram também alguns Projetos de Códigos, como os do Equador e da Província argentina de Neuquén, sendo que este último contém algumas idéias peculiares oriundas do pensamento de Julio Maier, sucessivo à concepção desenvolvida à época do Código Modelo.

Um lugar à parte ocupam os códigos da Colômbia, o Anteprojeto do Uruguai e o código do Brasil.

A Colômbia, com o Código de Processo Penal de 1991, instaurou um regime misto em que, embora se falasse em “tendência acusatória”, houve simplesmente a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público, o qual integra o Poder Judiciário. A instrutória formal era por ele dirigida e era ele quem investigava e determinava os provimentos cautelares. A polícia judiciária atuava exclusivamente por ordem do Ministério Público. Facultava-se ao imputado a contrariedade das provas, sendo todas as provas, da investigação e da instrução, permanentes e eficazes. Como pontos positivos, podia-se salientar o contraditório no juizado de instrução e a reserva ao juiz da função de julgar. Mas a atribuição, ao mesmo órgão (Ministério Público), das tarefas de investigar, valorar as provas e autorizar as medidas cautelares era de índole tipicamente inquisitiva.

Posteriormente, com a aprovação da Lei n. 600 de 2000, foi promulgado o novo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em julho de 2001. Nele, reforçam-se os poderes da polícia judiciária na fase de investigação prévia, em que o Ministério Público ocupa função meramente supletiva, cabendo a este atuar na fase da instrução (com atuação da Corte Suprema de Justiça quando se trate de crimes praticados por funcionários). As garantias constitucionais são observadas na instrução e as providências cautelares são de competência do Ministério Público. Vê-se daí que este órgão continua acumulando a função de acusar e de determinar as medidas cautelares que, no entanto, passam a ser consideradas excepcionais. Forçoso é concluir que a Colômbia continua ligada ao sistema inquisitório.

No Uruguai, o Projeto sancionado em 1997 não entrou em vigor, sendo substituído por outro, apresentado pela Corte Suprema e pelo Instituto Uruguai de Direito Processual, que mantém a instrutória formal, em contraditório, a cargo do Ministério Público. Pode-se afirmar que o Anteprojeto, embora mais fiel aos postulados do Código Modelo em relação à oralidade, publicidade e bilateralidade, ainda se filia ao sistema misto.

Finalmente, o Brasil, que já adotava um modelo de estrutura acusatória, quando da apresentação do Código Modelo, adotou francamente o referido modelo com a promulgação da Constituição de 1988, praticamente contemporânea àquele. A reformulação de vários institutos, por leis posteriores —como a supressão do processo à revelia e a introdução do consenso no processo penal— e a revisitação das normas de 1940 à luz da Constituição, pela doutrina e por parte da jurisprudência, têm aproximado o código brasileiro do Código Modelo. Atualmente, uma nova lei sobre o interrogatório, considerado meio de defesa, e seis projetos de leis de reforma do Código de Processo Penal, em discussão no Congresso, completam a obra de convergência.

IV. A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL EM IBERO-AMÉRICA

Como visto, 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 aferida 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.

Eis o ponto nodal desse trabalho: o modelo de instrução processual penal, adotado na Espanha, em Portugal e na América Latina, incorpora esses postulados fundamentais do modelo acusatório? Quais são os países que o adotam, quais os projetos de reforma que dele se aproximam, quais os sistemas ainda renitentes às novas exigências de uma instrução penal que siga o modelo acusatório?

Numa tentativa de sistematização, os países da comunidade ibero-americana serão agrupados em três categorias básicas:

- 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.

Observe-se que os modelos sub “a” e “b” se enquadram, ambos, no sistema misto, também denominado de instrução formal, em que a etapa de instrução pode ser confiada, dependendo de cada sistema, ao juiz de instrução ou ao Ministério Público. A diferença entre os dois tipos não se fez pela autoridade inquirente, mas sim pela circunstância de existir, ou não, contraditório nesta etapa.

O modelo sub “c” é o da denominada citação direta, em que o Ministério Público apresenta sua acusação, na base dos elementos colhidos na investigação prévia, correndo todo o processo por audiências, suprimida a etapa prévia de instrução.

1. *O sistema misto clássico*

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

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

As principais características desse sistema são as seguintes:

1) Quanto à etapa da instrução:

- a) 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.
- b) Em alguns países, a etapa do sumário não é regida pelos princípios da concentração, da imediação, da identidade física da autoridade inquirente; em outros, apenas pela imediação (México) ou pela imediação e concentração (Venezuela), ou ainda pela identidade física (Uruguai).
- c) O sumário pode ser dirigido por um juiz (Venezuela, Uruguai) ou pelo Ministério Público (México), mas em qualquer caso não existe a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, havendo apenas o inquirente e o inquirido.
- d) O sumário desenvolve-se inteiramente sem contraditório (no Uruguai, para o pré-sumário), ou em contraditório limitado (como 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).
- e) O direito de defesa, na instrução, não é assegurado no pré-sumário do Uruguai; é fortemente limitado no México, na Venezuela e no sumário uruguaio, sendo que neste último sistema a assistência téc-

nica pode tomar conhecimento dos atos praticados, exercendo sobre eles um certo controle.

- f) As medidas cautelares (prisão, busca e apreensão, seqüestro, intercepções telefônicas, etc.) são determinadas pela própria autoridade inquirente, com controle interno, pelos recursos aos tribunais superiores (Venezuela, Uruguai); e no México existe um juiz para as medidas cautelares, uma vez que a etapa de instrução é presidida pelo Ministério Público.
- g) Os direitos constitucionais não são observados na etapa de instrução do sistema uruguaio, inteiramente divorciado das garantias constitucionais e onde a prisão preventiva é a regra geral. No México, os direitos e garantias constitucionais atuam 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, é permanente a luta contra as violações cometidas sobretudo pela polícia. Mas importantes inovações relativas às garantias constitucionais e à liberdade do acusado submetido a processo foram introduzidas neste país pela legislação mais recente.
- h) A etapa da instrução pode ser precedida por uma fase investigativa prévia, conduzida pela polícia, no Uruguai e na Venezuela. Esta fase prévia não existe no México.

2) A etapa do juízo:

- a) 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.
- b) A forma é escrita no México e no Uruguai; escrita é também na Venezuela, ressalvado o “acto de cargos”, oral. É oral nos demais países pesquisados.
- c) A publicidade é ampla no México, na Venezuela e no Uruguai.
- d) 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, exceto no sentido de que é o juiz da etapa do sumário que preside a dos debates, na Venezuela e no Uruguai.

- e) As provas colhidas na etapa do sumário ingressam livremente na do juízo, no México e no Uruguai; na Venezuela também, embora sejam submetidas a contraditório na etapa do juízo.
- f) O juiz pode formar seu convencimento, 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

Neste modelo, que já representa um notável avanço com relação ao anterior, enquadram-se os seguintes países: Espanha, Peru (código vigente), El Salvador 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.

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. 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:

1) Quanto à etapa de instrução:

- a) A instrução é dirigida pelo juiz instrutor, ressalvada a previsão do art. 785 bis LECRIM espanhola, em que a instrução, nos procedimentos abreviados, pode excepcionalmente, e sob certas condições, ser dirigida pelo Ministério Público.
- b) A forma da instrução é escrita na Espanha, Peru, e no Anteprojeto do Uruguai, ressalvados, evidentemente, os atos processuais orais por natureza, como os depoimentos; e é mista (escrita e oral) em El Salvador e no Brasil, quanto aos procedimentos de competência do Júri.
- c) A instrução é sigilosa no Peru, sendo regida pela publicidade restrita às partes na Espanha (salvo nos casos em que seja declarado, es-

pecial e limitadamente, o sigilo), em El Salvador e no Anteprojeto do Uruguai. A publicidade é ampla no Brasil, na instrução dos processos de competência do Tribunal do Júri.

- d) Os princípios que regem a instrução são, no Peru, a concentração, a imediação e a identidade física do juiz; no Anteprojeto do Uruguai e em El Salvador, a identidade física do juiz.

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

- e) Em todos os países analisados, as funções de acusar, defender e julgar, na instrução, são separadas e atribuídas a órgãos distintos.
- f) Com exceção do Peru e de El Salvador, onde o contraditório é limitado a certos atos, nos demais sistemas estudados a instrução desenvolve-se 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.

- g) O direito de defesa é plenamente observado em todos os países analisados, tendo sido extraordinariamente potenciado pela Constituição, na Espanha.
- h) 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*.

- i) 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.

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.

- j) A etapa da instrução é precedida por uma fase investigativa prévia, necessária no Peru, em El Salvador e no Brasil (neste país, no tocante aos crimes da competência do Tribunal do Júri); e eventual na Espanha e no Uruguai.

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

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 à fase judicial de instrução. Se os fatos não constituírem delitos, a fase conserva caráter administrativo.

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 Judiciário e do Poder Executivo, tendo asseguradas todas as garantias da magistratura).

2) Quanto à etapa do juízo:

- a) 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; sempre perante um tribunal colegiado, no Peru e em El Salvador. E, no Brasil, perante o Tribunal do Júri, pois só a instrução dos processos da competência deste submetem-se ao regime bi-fásico.

- b) 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, com exceção de alguns atos preparatórios escritos no Anteprojeto Uruguaio (acusação e defesa), prosseguindo depois o processo por audiências. Também no Brasil, para os atos preparatórios do julgamento do Tribunal do Júri, embora o juízo seja essencialmente oral, há alguns atos escritos.

- c) A atividade probatória da etapa do juízo destina-se 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.

- i) 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.

No Peru, todas as provas lícitas, relevantes e pertinentes, produzidas na instrução, ingressam livremente na fase do juízo, sendo submetidas a contraditório nesta.

El Salvador não admite o ingresso, na fase do juízo, das provas produzidas na etapa de instrução, com exceção das irrepetíveis. Também 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 antecipada, em incidente probatório, que se desenvolve segundo os mesmos princípios que regem o juízo oral. A informação recebida, porém, também se refere à “leitura de diligências sumariais, sob pressupostos estritos”.

- ii) 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 produzi-

das 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.

No Peru, as provas da instrução, desde que submetidas a contraditório na etapa do juízo, embasam o convencimento do juiz ou tribunal do mérito.

Em El Salvador, o tribunal não pode apoiar-se em provas produzidas apenas na fase de instrução, salvo no que respeita às irrepetíveis.

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 sumárias, sob certos pressupostos, que também podem embasar a formação do convencimento do juiz ou tribunal.

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 emprenhado 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, Portugal, Bolívia, Brasil —para os crimes que não sejam da competência do Tribunal do Júri— Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras e Paraguai. Seguem o mesmo modelo os códigos argentinos das Províncias de Tucumã, de Córdoba e de Santiago del Estero. A Espanha poderia ser incluída neste sistema somente com relação à hipótese excepcionalíssima do art. 785 bis LECRIM, relativa a casos muito restritos atinentes aos procedimentos abreviados.

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

1) Quanto à investigação prévia, de índole administrativa:

- a) 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*.
- b) 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.
- c) O juiz das medidas cautelares é um juiz diverso daquele do processo, no Código Modelo, na Bolívia, na Costa Rica, no Chile, na Guatemala, em Honduras e no Paraguai; mas é o mesmo juiz da futura instrução e julgamento, em Portugal e no Brasil.
- d) A etapa das investigações é dirigida pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia Judiciária, no Código Modelo e em todos os países mencionados, com exceção do Brasil, onde 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.
- e) Esta fase é regida por um contraditório mitigado, que se justifica à vista da alínea a.6 abaixo, estando nela prevista a presença (facultativa) do defensor.
- f) 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.
- g) Esse não aproveitamento dos elementos informativos, rigoroso nos países mencionados, é atenuado no Brasil, onde os autos da investigação permanecem apensados aos do processo, acabando frequentemente por influir sobre a formação do convencimento do juiz.

h) 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.

2) Quanto ao processo:

- a) Instaurado o processo, este se desenvolve todo em contraditório pleno, por audiências públicas, sendo regido pelos princípios da imediação, no Código Modelo e em todos os países; pelo da concentração (no Brasil, no procedimento Sumário); e pelo da identidade física do juiz, com exceção do Brasil.
- b) No Código Modelo e em alguns países pesquisados, o processo prevê uma fase preliminar, destinada exclusivamente ao juízo de admissibilidade sobre a acusação (Bolívia, Chile, Costa Rica, Honduras e Paraguai; e, no Brasil apenas para os crimes praticados por funcionários públicos e contra a propriedade imaterial e os crimes de competência do Tribunal do Júri).
- c) 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 uma verdadeira instrução probatória, nos demais casos mencionados na alínea b.2 acima.
- d) 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 (países mencionados no inciso b.2; e, no Brasil, nos procedimentos de competência do Júri).

V. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Dito isto, passa-se a extrair, dos informes, relatórios e comunicações recebidas, algumas considerações críticas, sugeridas pelo cotejo entre os três modelos acima compendiados.

1. *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 da 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. O relatório do México também investe contra o sistema vigente, afirmando que 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 tendências 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 ser considerado, 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.

2. Sistema misto com juizados de instrução em contraditório

Esse modelo pode ser considerado intermediário, representando um notável avanço com 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, a publicidade restrita 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 per-

tencentos 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 usufrui 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 o abandonaram: foi o caso sintomático da Costa Rica, cujo relatório indicava a nítida tendência no sentido do abandono do sistema então vigente, para filiar-se àquele que suprime os juizados de instrução, como efetivamente ocorreu com a promulgação do código vigente.

Mas para a transformação, não basta, 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. 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 análise, preservar as deficiências supra apontadas.

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.

3. O sistema acusatório sem juizados de instrução

Trata-se do sistema idealmente melhor, adotado na Alemanha, em Portugal 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 identifica-

de 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.

O processo 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, é conveniente 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 vai julgar sobre a procedência ou improcedência da acusação, à luz das provas que lhe forem apresentadas.

O processo, precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia Judiciária, destina-se 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.

VI. CONCLUSÕES

À luz de tudo quanto dito, formulam-se as seguintes conclusões:

- 1) O sistema de juizados de instrução apresenta os seguintes inconvenientes:
 - Carência de imparcialidade do juiz que acumule as funções de investigar com as inerentes à função jurisdicional. 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.
 - Inversão dos papéis, pois o juiz investiga e o Ministério Público se limita ao mero controle sobre a investigação.

- Repetição da investigação, pois na fase do juízo repetem-se as provas produzidas no pré-sumário e no sumário.
- 2) Em contrapartida, eis as vantagens do sistema que suprime os juizados de instrução:
 - Eficácia do sistema.
 - Sua agilidade.
 - O domínio sobre a estratégia da investigação.
 - O perfil garantidor.
- 3) Mesmo no sistema intermediário —dos juizados de instrução em contraditório— as garantias constitucionais do processo não encontram plena aplicação, não atendendo o processo ao postulado de efetividade e eficiência.
- 4) Sob o aspecto ideológico, é necessário que todos os países da comunidade ibero-americana tomem uma firme decisão político-jurídica para que se adote a ideologia garantidora contida no sistema do Código Modelo, aderente às modernas Constituições.
- 5) A escolha de um determinado sistema processual —e, no que diz respeito à instrução, a escolha do sistema misto ou do sistema que suprime os juizados de instrução—, respeitadas as peculiaridades de cada país, não é uma questão de mera política legislativa, mas sim de adequação do processo penal a um sistema pleno de garantias, preocupado, ao mesmo tempo, com a efetividade.

Espera-se, assim, que o modelo básico de instrução do Código Modelo para Ibero-América estimule os países membros da comunidade lusohispano-americana, que ainda não o fizeram, a procederem às reformas necessárias para a adoção do sistema acusatório de instrução.