

PERSECUÇÃO PENAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL E NA COMMON LAW TRADITION - ANÁLISE HISTÓRICA E COMPARATIVA À LUZ DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS¹

Abel Fernandes Gomes

Desembargador Federal do TRF da 2ª Região

Eduardo Leite Chazan

Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro

Renata Gil de Alcântara Videira

Juíza de Direito da 40ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro

Rita de Cássia Alves Antunes

Chefe do Núcleo de Coleta e Análise de Dados de Niterói

Coordenadoria de Inteligência do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro

Roberta da Silva Dumas Rego

Promotora de Justiça da 3ª Vara de Família Regional de Bangu,
cidade do Rio de Janeiro

RESUMO

Será que realmente a prática pouco democrática que se diz atrelada ao processo penal no Brasil é fruto da constituição do nosso sistema - basicamente calcado na busca de uma verdade real, atingida a qualquer preço - para atender aos fins do Estado e conter o delito, ou o problema está afeto ao desvirtuamento do sistema a da aplicação de suas normas em desfavor dos mais fracos?

PALAVRAS-CHAVE

Processo penal. Devido processo legal. Verdade real. Princípios democráticos

SUMÁRIO

1 Introdução 2 A evolução da estrutura do processo penal no Brasil 3 O processo penal da *common law*: o modelo norte-americano 4 O atual limite da inquisitorialidade no Brasil 5 Conclusão 6 Referências Bibliográficas

¹ Artigo correspondente à avaliação final no Curso de Gestão de Segurança Pública e Justiça Criminal da Universidade Federal Fluminense em 2007.

1 Introdução

O aumento da criminalidade nas grandes cidades brasileiras parece um fenômeno irrefutável, o que vem realçando a questão do aprimoramento de estratégias a serem adotadas por uma política de segurança pública mais séria, científica e eficaz. Dentro desse contexto, é imperativo voltarmos os olhos para o processo penal brasileiro como importante instrumento de atuação das instituições e agentes públicos, encarregados de levar a efeito as ações de conhecimento, apuração e julgamento de infrações penais, de modo a aferir se a sua estruturação teórico-dogmática, conjugada com o desempenho prático de seus atos pelas autoridades, está disposta e funciona a contento, para fazer com que o processo penal atinja a finalidade à qual se destina: prestar jurisdição democrática em matéria penal.

Com esse objetivo, a princípio procuramos estabelecer o perfil estrutural do processo penal brasileiro - calcado, sobretudo, na evolução histórica a partir do período colonial. Como freqüentemente, por meio de estudos, se estabelece uma correlação entre a estrutura histórica do processo penal brasileiro com a práxis que se vem firmando nas atuações das autoridades encarregadas de impulsioná-lo - quais sejam, as da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário -, também utilizamos a comparação com a estrutura do processo penal adotado em países da *common law tradition*, de modo a aferir se a característica deste último, dita essencialmente conciliatória e compositiva, demonstra alguma diferença mais democrática na atuação dos agentes públicos que figuram no processo penal daquela tradição.

A investigação que se procura desenvolver nos limites deste artigo tem por finalidade confirmar ou não a tese de que a herança histórica que foi marcada na estrutura do nosso processo penal é o fator predominante de obstáculo à realização de uma melhor justiça no âmbito criminal nos dias de hoje, a impedir a solução mais democrática do conflito social que se manifesta por meio da ocorrência da infração penal.

Por razões óbvias de limite de espaço e instrumento didático utilizado, o presente artigo não pretende esgotar tão fértil tema, mas cremos que é possível trazer por meio dele algumas reflexões sobre o processo penal brasileiro; e, uma vez mais conscientes de seus limites, progressos e desafios, pautarmos o nosso contato profissional com ele no dia a dia, com vistas à realização de uma justiça criminal mais científica, humana e eficaz.

Ao fim deste trabalho, será possível extrair a conclusão de que a atuação das autoridades do sistema de Justiça Criminal brasileiro que se mostre mais legítima, científica e justa, capaz de responder melhor à incidência da infração penal no seio social

só se atinge por meio da conscientização de que a prevenção e repressão do crime só são obtidas com a observação concreta e efetiva dos paradigmas do devido processo legal, idealizado pelo nosso Estado Democrático de Direito, o que está diretamente adstrito ao exercício diário de tal valor por nossas autoridades da persecução penal - na Polícia e em Juízo - no desempenho das suas funções.

2 A evolução da estrutura do processo penal no Brasil

Com vistas a pesquisar e estabelecer o real alcance da garantia do devido processo legal no Brasil, como instrumento democrático de apuração da prática da infração penal e da sua autoria, com freqüência se lança mão de um estudo comparativo entre constituição, desenvolvimento e significado substantivo desse princípio garantista, baseando-se no sistema desenvolvido pelos países da *common law tradition*, especialmente os Estados Unidos da América, em confronto com a versão que dele seria adotada de fato pelo Brasil².

Por mais que tais estudos comparativos até procurem passar a idéia de que seu foco não é a adjetivação ou qualificação desses sistemas, a ponto de se concluir por aquele que se possa considerar o melhor sob o prisma da verdadeira garantia democrática que circunda a apuração da infração penal, o fato é que sempre se envereda, de alguma forma, por avaliações que apontam para as mazelas do sistema adotado pela práxis brasileira, o que, mediatamente, leva ao raciocínio de que o modelo da *common law*, sobretudo o norte-americano, se apresentaria mais adequado aos fins democráticos que o real princípio do devido processo legal encerra.

É inegável que a gênese do nosso sistema processual penal vigente nos prende à tradição eclesiástica/ibérica, onde o processo se desenvolveu, historicamente, como um instrumento a serviço do Estado, para manter a ordem social estruturada hierarquicamente. A infração penal era vista por esse sistema como uma ofensa à ordem social, de modo que deveria ser apurada e levada aos tribunais para punição e manutenção daquela ordem. Pelo menos assim parece que foi cunhado o processo penal brasileiro através dos tempos, ao contrário do processo penal desenvolvido nos países da *common law tradition*,

² Segundo Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, o sistema do *due process of law* norte-americano muito se distancia do nosso devido processo legal, porquanto o primeiro tem como alicerce o sistema republicano democrático, em que o processo penal é o instrumento de garantia das pessoas acusadas, ao passo que no Brasil o mesmo processo penal está marcado pelo ideal hierárquico e paternalista, por meio do qual o Estado exerce o controle dos seus cidadãos, segundo modelo inquisitorial do Santo Ofício (*O Due Process of Law e o Devido Processo Legal no Sistema Processual Penal*, p. 177).

onde a composição de conflitos pela polícia e pela promotoria é a principal forma de lidar com a infração penal, sendo o julgamento reservado para casos mais graves, nos quais o processo penal é um direito do cidadão³ e instrumento pelo qual a sua inocência deve ser afastada por aqueles que o acusam, através da comprovação desta acusação⁴.

Ainda segundo estudos comparativos científicos⁵, essa distinção que caracteriza a resolução de conflitos na área penal no Brasil demonstraria o porquê da afirmação de que a inquisitorialidade prossegue como perfil essencial do nosso processo penal, no qual a busca de uma verdade real estaria no centro de toda a apuração. Uma verdade construída a todo custo, que mais parece se coadunar com a identificação e expiação de um pecado - o que justificaria a adoção, na prática policial/judiciária, de expedientes como tortura; obtenção prioritária da confissão; e desvirtuamento do princípio da presunção de inocência, como freqüentemente ocorreria, por exemplo, na postura judicial diante do silêncio do acusado no interrogatório, sobretudo à luz da redação originária do art. 186 do Código de Processo Penal, de 1941⁶.

A derivar da tese adotada - de que o nosso modelo de processo de apuração da infração penal prossegue com o perfil histórico inquisitorial/autoritário -, teríamos que a própria presença do acusado em todas as fases do processo de persecução penal já seria dispensável, assim como pouco importaria, a conciliação realmente efetiva e participativa, na qual a palavra do acusado teria um peso importante para a solução do conflito.

De fato, vemos que o processo penal adotado no Brasil durante o período colonial seguiu o modelo derivado das Ordenações do Reino, sobretudo as Ordenações Filipinas então vigentes. Desde as Ordenações Afonsinas, de 1379, que antecederam as Filipinas e lhe lançaram luzes, já era possível observar a existência, tanto do inquérito propriamente dito, no qual a presença das partes era garantida, quanto das três formas de proceder criminalmente à apuração de infrações penais, independentemente da presença do acusado: a acusação inscrita pelo auto de querela; a denúncia, que não se inscrevia por ser considerada o instrumento de delação secreta à disposição dos mais fracos e a inquirição, que se iniciava *ex-officio* pelo Estado.

Durante a vigência das Ordenações Manuelinas, inseridas entre as Ordenações Afonsinas e as Filipinas, estabeleceram-se as inquirições devassas gerais e as inquirições devassas especiais. As primeiras, para apurar, no primeiro mês de cada ano - quando os juízes

³ Daí *due process of law*.

⁴ KANT DE LIMA, Roberto. *Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República*: Da Devassa ao Inquérito Policial. p. 98.

⁵ *Ibid.*, p. 96.

⁶ "Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa."

iniciavam seus trabalhos -, a existência de crimes incertos, num verdadeiro “arrastão” a apanhar tudo o que pudesse existir de infração penal; e as segundas, que partiam de fatos certos, mas cujas autorias ainda não eram conhecidas. Os suplícios e torturas também eram adotados para obter confissões, os quais só foram abolidos, junto com as prisões indiscriminadas e as devassas gerais, com a antecipação, no Brasil, das garantias “liberais” da Constituição da Monarquia Portuguesa de 1821⁷.

No período da reforma liberal brasileira, posterior à independência do país, a transição política passou pela reforma judiciária no que toca à criação dos Juízos de Paz, em 1827. Embora não acompanhada de legislação adequada e mais ampla, capaz de aprofundar a reforma do processo penal brasileiro, a criação desses Juízos representou avanços no que diz respeito à independência, autonomia e descentralização, naquilo em que confrontava com juízes nomeados pelo imperador. Os juízes de paz eram eleitos pelo povo, e conseguiram o apoio fundamental da imprensa para estabelecer, publicamente, a idéia das vantagens de sua criação para a nação liberal que se procurava construir.

As atribuições desses juízos de paz eram conciliatórias, policiais e de restauração social da comunidade, porquanto iam desde a conciliação em questões civis - com o estabelecimento de termos de bem viver para prostitutas, bêbados e vadios -, até a apuração da infração penal, com o interrogatório de suspeitos e a reunião do *corpus delicti* para a formação da prova, a ser passada para o magistrado criminal⁸. Esses princípios liberais revestiram o Código de Procedimento Criminal, de 29/11/1832, e perdurou por quase dez anos.

Em 3/12/1841, entretanto, veio ao cenário jurídico a Lei nº 261, que trouxe modificações importantes no processo penal, entre elas a restrição das atribuições dos juízes de paz, conferindo aos delegados de polícia, nomeados pelo governo, funções policiais e judiciárias para formar a culpa e proferirem decisão de pronúncia. Com relação aos julgamentos definitivos das infrações penais, estes ficavam a cargo dos juízes municipais, cuja escolha não mais era condicionada à indicação dos vereadores e dependiam diretamente do Executivo. Era uma legislação calcada no princípio da autoridade, que se entendia abalada por revoluções, pela anarquia e pelos atentados contra a propriedade, a honra, a vida e a segurança pessoal de um modo geral, ocorrências disseminadas no país após 1831. A legislação liberal, então vigente, não fora capaz de prevenir e reprimir tais atos, conforme discursavam os opositores dessa legislação⁹.

⁷ KANT DE LIMA, op. cit., p. 100-101.

⁸ FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial*, 1808-1871. p. 97.

⁹ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume I, p. 194-230.

Na verdade, o que mais transparece dos fatos históricos apurados é o fato de o embrião de um sistema judiciário de perfil conciliatório, com a participação popular direta na eleição de juízes e ampla atuação dos cidadãos na apuração e julgamento de infrações penais - sobretudo através do júri -, em oposição ao sistema inquisitorial funcionalizado em torno dos interesses do Governo, que escolhia seus juízes, promotores e autoridades policiais, e lhes distribuía competências e atribuições, só progrediu até onde foi sustentável pelos interesses políticos dos grupos dominantes em dado período e dada conjuntura.

Após a Independência, num período que se delinea, principalmente entre 1827 e 1831, os liberais constituíam a oposição política aos interesses centralizados que o imperador procurava fazer prevalecer no país. Os Juízes de Paz, especialmente no que diz respeito à transição política que se verificava naquele período, configuraram, assim, uma importante conquista para a concretização da descentralização do poder imperial, o que se pode perceber, facilmente, da forma de constituição - escolha popular -, da distribuição territorial e das novas e mais amplas atribuições desses órgãos.

Entretanto, na medida em que após 1831 os liberais foram se sedimentando no poder, galgando espaços públicos e políticos com a ajuda da imprensa e de grupos burgueses ascendentes, logo passaram a perceber que as conquistas que determinados institutos asseguravam a todos não lhes eram mais interessantes enquanto poder, o que acabou convergindo para o enfraquecimento do pouco que se havia progredido em termos de reforma do processo penal brasileiro. Isso, aliado ao fato de que tal reforma não tivera a profundidade para caracterizar uma verdadeira modificação do sistema judiciário nacional, acabou desgastando a legislação processual penal daquele período e levando à edição de substitutivos que retomaram o viés inquisitorial e de autoridade de nosso processo penal¹⁰.

Posterior à Lei nº 261, veio a lume a Lei nº 2.033, de 20/9/1871, regulada pelo Decreto nº 8.824, de 22/11/1871, que passou a estabelecer novos paradigmas para o processo penal brasileiro, ao trazer a separação da polícia da judicatura; ao prever regras para a decretação da prisão preventiva e fiança; ao consagrar a defesa no sumário de culpa; e ao ampliar o cabimento do *habeas corpus*.

Já na República, a Carta Constitucional de 24/2/1891 passou a orientar direitos e garantias que o processo penal deveria observar, mesmo aplicado de forma autônoma pelos diversos estados membros. É aí que irão surgir, com mais ênfase, as limitações às prisões provisórias; a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, desde a

¹⁰ FLORY, op. cit., p. 108-109.

apresentação de nota de culpa ao indivíduo no prazo de 24 horas após a prisão; a assegu-
ração do direito de inviolabilidade do domicílio e de sigilo de correspondências em face
das diligências policiais; o julgamento por juiz competente, nos termos da lei anterior;
o júri; e a consagração do habeas corpus¹¹.

Finalmente, em 1941, e na certeza de que era necessário sistematizar as
regras de processo penal em um único código para todo o país, foi editado o Decreto-Lei
nº 3.699, de 3 de outubro: o Código de Processo Penal (CPP), em vigor ainda hoje, e que
tem na “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os delinqüentes”,
conforme o item II da Exposição de Motivos, o seu objetivo definido. Suas principais
características são: a) redução das hipóteses legais de nulidade processual, prestigiando-se
mais a substância do que a forma do processo; b) ampliação da noção de flagrante
delito: próprio, impróprio e presumido; c) estabelecimento das hipóteses obrigatórias de
decretação da prisão preventiva; d) previsão de medidas assecuratórias da reparação do
dano *ex delicto*; e) consagração do inquérito policial como procedimento preliminar
preparatório da ação penal, refutando-se expressamente o juízo de instrução, em razão
da nossa realidade territorial e do princípio da unidade da lei processual; f) completa
separação entre órgão da acusação e juiz; g) estabelecimento da iniciativa suplementar
do juiz na produção de provas capazes de esgotar a busca da verdade sobre a infração
penal; h) livre convicção motivada do juiz no exame da prova; i) sistema presidencial de
inquirição de testemunhas; j) interrogatório do acusado como meio de prova, no qual
perguntas diversas sobre a infração penal poderão ser dirigidas ao acusado; k) previsão de
autonomia e controle judicial no que concerne à acusação, cabendo ao juiz, no momento
da sentença, no primeiro caso, retificar o libelo acusatório quando os fatos estiverem
classificados em tipos penais equivocados, ainda que a nova classificação importe pena
mais grave; ou, no segundo caso - o de controle -, modificar o libelo acusatório, com
nova oportunidade de defesa para o acusado ou de aditamento para o Ministério Público,
em relação aos fatos modificados.

Como se pode perceber, mesmo com a inserção de algumas garantias indi-
viduais ocorridas em nível constitucional, sobretudo após a Proclamação da República,
o sistema processual penal brasileiro não chegou a se afastar do modelo predominate-
mente público e de autoridade utilizado na busca da verdade e da solução do conflito
derivado da prática da infração penal por meio da punição através do processo. Isso está
na própria construção dogmática do denominado *jus puniendi*, traduzido no poder-dever

¹¹ ALMEIDA JR., op. cit., p. 235-236.

de punir do Estado, que surge para reprimir a ocorrência do fato delituoso que atenta contra os indivíduos e a sociedade, muito embora se acentue que isso não se dá de modo ilimitado, mas com amparo na lei anterior e por meio do processo judicial¹².

Por outro lado, parece-nos, sobretudo após o advento da Constituição da República, de 1988, ser possível registrar diversas alterações efetuadas no sistema processual penal - tanto por parte da jurisprudência, principalmente a da Suprema Corte, quanto pela iniciativa legislativa, as quais procuraram adaptar o CPP, de fato, à evolução ocorrida à luz do Direito Constitucional e o arcabouço de princípios democráticos deste.

Dentro desse espectro, que abrange legislação e jurisprudência, é possível relacionar uma série de modificações que transmudaram teórica e empiricamente o processo disciplinado no Código de 1941, a ponto de pelo menos repercutir o ideal de uma Justiça penal mais conciliatória e aberta à vontade das partes, e de afastar a legitimação de determinadas condutas das autoridades encarregadas da persecução penal, naquilo em que ainda procuram se ater a práticas autoritárias de apuração do delito e solução do conflito criminal.

É assim que se pode relacionar, por exemplo, na produção legislativa: a Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trouxe maior participação do acusado no processo, com a possibilidade de conciliação em torno da infração penal, sua prática e processamento; a Lei nº 8.862/94 introduziu nova redação ao inciso I do art. 6º do CPP, quanto à necessidade de se preservar o local do crime para a perícia técnica; a Lei nº 9.271/96 modificou o art. 366 do CPP, ao permitir que o acusado, revel, sem advogado particular constituído, conte com a suspensão do processo até que possa comparecer e se defender; a Lei nº 10.792/2003 alterou a sistemática anterior do interrogatório, ao garantir que o silêncio do acusado agora não seja levado em conta contra a sua defesa; e a Lei nº 11.449/2007 passou a determinar o envio de cópia do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, em 24 horas, quando o atuado não indicar advogado.

De parte da jurisprudência, destacam-se decisões do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo: HC nº 72.317/PB, 2ª Turma (2/5/95), em que se anula a instrução por ausência de defesa que causa prejuízo ao acusado; HC nº 89.177/RJ, 1ª Turma (27/2/07), em que se nulifica o ato de instrução pela falta de designação de defensor para sustentação da tese de defesa; HC nº 89.176/PR, 2ª Turma (22/8/06), em que se invalida a instrução por ausência de intimação de defensor do acusado; HC nº 80.379/SP, 2ª Turma (18/12/00), em que se relaxa prisão provisória por excesso de prazo;

¹² A propósito: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 105.

HC nº 76.688/RS, 1ª Turma (7/4/98), no qual se cancela o processo porque não foi dada a oportunidade de o acusado se manifestar sobre a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95); e HC nº 80.949/RJ, 1ª Turma (30/10/01), em que se abole gravação clandestina de conversa telefônica sem ordem judicial.

Tais atuações do Poder Legislativo e dos tribunais, se não foram suficientes para banir de uma vez por todas, as práticas unilaterais e autoritárias, pelo menos vêm servindo de norte e limitação a elas, quando não acabam por repercutir na própria validade do processo que se insistiu conduzir em desacordo com as novas diretrizes democráticas.

Entendemos que o devido processo legal no Brasil se não assume, propriamente, o mesmo contorno que o princípio ostenta na *common law tradition*, dada a sua evolução histórica bastante diferenciada da nossa, pelo menos após a Constituição da República de 1988, sob cujos princípios e garantias se vêm firmando nossa jurisprudência e a legislação infraconstitucional, encerra a imperatividade da aplicação do direito positivo em matéria penal por meio de regras razoáveis, justas e de acordo com os preceitos constitucionais, dentro e segundo as garantias de um processo judicial no qual se assegurem a paridade de armas e a igualdade de oportunidades para as partes trazerem, exporem e comprovarem o direito e as suas teses, segundo o mais amplo contraditório - tudo por meio de um procedimento regular, e desenvolvido e ultimado em prazo razoável¹³.

À vista disso, no Brasil o devido processo legal pode ser definido como a garantia de que o cidadão seja processado pelo Estado no momento da apuração da existência, da materialidade e da autoria de uma infração penal que lhe seja imputada, e, por isso, perseguida no que mais se aproxima do real - mas de acordo com o acesso à Justiça, por meio de um juiz natural, mediante tratamento igual e imparcial, com plenitude de defesa e recursos para exercitá-la, no qual os atos processuais sejam em regra públicos, com decisões motivadas e, em caso de condenação, que a pena seja executada de forma legal e submetida ao crivo do Judiciário.

Se, empiricamente, por vezes ainda se pode perceber a prática de atos oficiais, burocrática e impregnada de detritos inquisitoriais e autoritários, contrárias ao real conteúdo do princípio do devido processo legal adotado pelo país, isso não chega a conduzir à conclusão de que esse princípio seja apenas a expressão de uma intenção no corpo da Constituição, muito menos que nossa herança inquisitorial seja absolutamente incapacitante da adoção e do exercício de um processo penal efetivamente revestido das garantias acima identificadas, próprias do devido processo legal que com elas se idealizou no Brasil.

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 64-69.

Afinal, nem mesmo os países da *common law*, que servem de parâmetro para fins de delimitação da origem, da substância e da aplicação prática e efetiva do *due process of law*, estão imunes à identificação de situações que revelam a sua questionável eficácia igualitária e o seu absoluto comprometimento com o processo dito contraditório, conciliatório e acusatório. É o que se passa a examinar.

3 O processo penal da *common law*: o modelo norte-americano

Se tomarmos como exemplo os Estados Unidos da América, poderemos observar, que - a par de ter desenvolvido um sistema processual penal calcado no processo conciliatório e no julgamento de infrações penais por meio do *due process of law*, um direito do cidadão de ver sua inocência afirmada em processo judicial a ser decidido, no fim, por seus pares - que este país é um dos lugares onde o preconceito é dos mais fortes e onde ainda não se foi capaz de conciliar, a contento, as diversas questões sociais expressas na criminalidade, sobretudo no que concerne à bárbara questão racista que eclodiu especialmente nos anos 60, sem contar que também é um país que soma estatísticas bastantes significativas sobre os freqüentadores de sua população carcerária, e daqueles que estão presentes nos corredores da morte dos estabelecimentos dos estados confederados que ainda adotam esse tipo de pena¹⁴.

No que diz respeito ao perfil inquisitorial, persecutório (e por que não dizer de autoridade) que assume a investigação das infrações penais, nota-se que o sistema americano também prevê uma etapa de apuração, a cargo exclusivamente da polícia - aliás, a investigação americana é tradicionalmente atribuída à polícia e seus agentes. Atente-se, ainda, que nos EUA os promotores passaram também a investigar infrações penais: é comum a constituição das forças-tarefas (*task-forces*), para a finalidade investigativa¹⁵, havendo ainda a previsão da infiltração de agentes entre os criminosos investigados, quando o crime em foco for praticado por quadrilha ou organização criminosa¹⁶.

O processo penal norte-americano também utiliza algo similar aos nossos denominados “indícios suficientes da existência do crime” para autorizar a expedição de mandados de busca e apreensão e prisão: a causa provável (*probable cause*). Lá, nem toda detenção física do sujeito é considerada prisão, e o Direito norte-americano ainda

¹⁴ Segundo notícias veiculadas recentemente nos meios de comunicação, tal população é constituída de largo percentual de negros, latinos e/ou estrangeiros.

¹⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*, p. 179.

¹⁶ *Ibid.*, p. 180.

prevê detenções para esclarecimentos - procedimento, inclusive, considerado regular pela Suprema Corte daquele país¹⁷, revelando que a custódia do indivíduo também assume o caráter de expediente utilizado para a averiguação do fato e de suas circunstâncias.

Quando o processo persecutório norte-americano se inicia pela prisão daquele que é considerado “oficialmente suspeito”, este passa, então, a contar com dois direitos: a fiança, estendida para qualquer crime; e o julgamento rápido (*speedy and public trial*), capaz de lhe assegurar que sua situação seja definida o quanto antes. No Brasil, o que os acusados freqüentemente procuram é a demora do processo para a obtenção da prescrição, o que fazem sob o apanágio de que a ampla defesa justificaria a realização de diligências demoradas, complexas e, às vezes, até mesmo impossíveis.

Mesmo no sistema processual penal norte-americano, que se afirma não ostentar o perfil inquisitorial e de autoridade como essência, é possível notar que as investigações se desenvolvem sobre fatos, mesmo que ainda não haja um suspeito oficial - o que faz com que elas sejam também sigilosas e que não haja preocupação com a defesa do sujeito nesta etapa, porquanto ele ainda não assumiu a condição de suspeito oficial. O sujeito só tem direito à presença obrigatória de um advogado na realização dos atos de persecução penal, quando estes impliquem uma “situação crítica” ou durante a fase judicial da persecução, regra que vale, ainda que as investigações policiais continuem durante o período da prisão do indivíduo¹⁸.

Comparativo ao sistema brasileiro, ainda há em desfavor do norte-americano, no que concerne ao tempo durante o qual uma pessoa pode ser mantida sob investigação, o fato de que lá não há prescrição da pretensão condenatória nessa fase, de modo que as investigações podem se desenvolver por tempo bastante largo. Já em nosso direito, as investigações têm como limite o prazo prescricional do crime, que se conta entre a data do fato e a do oferecimento da denúncia¹⁹.

No que tange à questão da conciliação no processo norte-americano, vemos que, por meio da *plea bargaining*, um fato diverso do realmente praticado pode ser admitido pelo acusado, em comum acordo com o promotor, o que impede a instauração do processo judicial e acarreta a aplicação da pena pelo fato admitido. A conciliação, assim, tem como espeque, de um lado, a responsabilidade do promotor em aquilatar a conveniência do acordo em torno da aplicação da pena por fato diverso do praticado - em regra, por óbvio, menos grave. De outro, ela se prende à conclusão, por parte do

¹⁷ Ibid., p. 181.

¹⁸ Julgamentos da Suprema Corte Norte-Americana: Kirby v. Illinois, 406 US 682 (1972) e United States v. Gouveia, 467 US 180 (1984). In: RAMOS, op. cit., p. 181.

¹⁹ RAMOS, op. cit., p. 179.

indivíduo, de que é melhor receber uma pena menos grave pela admissão da culpa, por fato diverso do praticado, do que se submeter ao processo judicial do júri, onde teria o direito de manter seu estado de inocente, do qual agora não teria mais tanta certeza.

Parece-nos que tal sistema traz alguns inconvenientes. Não se pode afirmar, com certeza, que essa margem de negociação entre o promotor e o indivíduo não seja desempenhada de forma discriminatória, de acordo com o status de quem praticou a infração²⁰. Por outro lado, percebe-se que o resultado da conciliação não tem como base o verdadeiro conflito penal estabelecido, na medida em que não sedimenta a aplicação da pena menor em razão daquilo que realmente aconteceu. Trata-se, isso sim, da aplicação de uma pena por fato anunciado, admitido e julgado, mas não correspondente à realidade ou sequer próximo dela, mas que, por razões utilitárias, é dado como ocorrido. Há de se questionar o verdadeiro valor pedagógico e preventivo geral desta solução, na medida em que ela expressa uma resposta, a nosso ver, artificial do Estado ao crime: a pena não serviria, assim, como consequência exata e proporcional ao que efetivamente abalou o convívio social harmônico, mas sim ao acordo estabelecido entre o promotor e o acusado.

Finalmente, há de se destacar que o sistema norte-americano estabelece limites muito firmes para a acusação responsável, fazendo com que ela seja fruto de muito critério, certeza de que será profícua e resultará bem sucedida, com a expedição de veredicto condenatório. Tais limites são pautados pelas consequências de uma persecução fracassada para a promotoria, que é eleita e deve prestar contas do sucesso de suas funções, e pela responsabilidade civil pela leviandade da persecução deflagrada. Mas é no que diz respeito à necessária preocupação do promotor com o sucesso da acusação que vige entre os americanos o princípio do *only one shot*, ou seja, “a acusação só tem um tiro”. Esse princípio é consubstanciado na impossibilidade de revisão dos veredictos absolutórios do júri - o que, por outro lado, traz para o promotor uma natural necessidade de tudo fazer para que ela seja provada e julgada procedente, não sendo demais imaginar, muito mais por uma questão de demonstração de eficiência perante os eleitores do que de justiça. Talvez, com isso, pudéssemos imaginar que o promotor americano é um promotor de acordos ou barganhas utilitárias, ou de acusações e condenações precisas, ao passo que o promotor brasileiro que inclusive pode pedir a absolvição ao cabo de um processo no qual ofereceu denúncia, continua promovendo justiça.

Em suma, do pouco que se trouxe a respeito das lições obtidas sobre o processo penal²¹ norte-americano da *common law*, nota-se que apesar de ele constituir

²⁰ Será que o furto de várias peças de roupas caras, ou a afirmação falsa sobre o porte de valores, teria o mesmo desfecho conciliatório, neste sistema norte-americano, para o delinqüente pobre e negro e para um líder religioso?

²¹ Frise-se que por processo penal se está a compreender as duas fases: investigação ou persecução penal policial e instrução judicial ou persecução em juízo.

um instrumento do qual se serve o acusado para que sua inocência presumida seja ao final consagrada, no caso de não ficar provada a acusação contra ele, não deixa também de ser um instrumento de apuração do crime, valendo-se, por vezes, em certas circunstâncias, da inquisitorialidade, do sigilo, da unilateralidade e da autoridade.

4 O atual limite da inquisitorialidade no Brasil

O inquérito policial brasileiro, etapa em que a inquisitorialidade é essencial à persecução penal, não assume valor probatório: seu caráter é principalmente informativo. Ademais, como vimos, o próprio modelo norte-americano também prevê a mesma inquisitorialidade e unilateralidade na apuração dirigida pela polícia, também envolta no necessário sigilo que esta fase deve ter.

Por outro lado, o juiz não poderá condenar ninguém em nosso país com base exclusiva no que foi colhido no inquérito policial: é necessário que as informações mais relevantes reunidas sejam submetidas à confirmação contraditória no curso da ação penal, na qual serão sempre submetidas à ampla análise pelas partes e pelo magistrado. Vale lembrar que, nos Estados Unidos, é também nas situações denominadas de “críticas” - quando há a possibilidade de formação de prova contra o investigado - que este passa a ter direito à obrigatória assistência de advogado.

Nosso sistema processual penal, embora derivado de uma tradição inquisitorial, prevê duas fases bem distintas - no que não diverge, em absoluto, do sistema norte-americano. Investigar previamente a ocorrência de um fato é sempre função da autoridade policial e dos órgãos públicos de polícia técnica, encarregados de reunir elementos que esclareçam a materialidade da infração, sem a qual sequer seria possível a formação de uma acusação perante o juiz. A busca daquele que a praticou também é igual nos dois modelos, com algum rigor a mais no norte-americano, em que a detenção para averiguação sequer assume a mesma natureza da prisão, tornando o sujeito objeto da obtenção da prova.

Na verdade, qualquer sistema processual de julgamento de infrações penais deverá contar com uma etapa de apuração inicial da sua ocorrência; e outra que consista na atuação do promotor ou do Ministério Público, agora para levar a acusação ao Poder Judiciário. Não nos parece que haja substancial diferença entre os sistemas processuais penais em tela naquilo em que ambos prevêem etapa necessariamente investigativa unilateral, de autoridade e por vezes sigilosa, a cargo de polícia.

Entretanto, também somos levados a concordar com as conclusões extraídas da análise dos resultados de pesquisa empírica sobre o funcionamento prático das instituições de justiça criminal do sistema brasileiro (Polícia, Ministério Público e Judiciário)²², que dão conta de que as diversas modificações normativas e jurisprudenciais promovidas nos últimos 20 anos, na trilha da vigência da Constituição de 1988, parecem que não foram capazes de se sedimentar. Nota-se, por conseguinte, como bem destaca Maria Stella de Amorim²³, o fenômeno da “desjuridificação do direito”, em que as normas perdem ou não logram incorporar as características que deveriam ter no âmbito da complexidade social, fazendo com que se perceba a recorrente necessidade de perseguir reformas e edições de leis que se sucedem, para tratar de um mesmo ponto específico, sem que a anterior tenha sido levada ao máximo de sua potencialidade de atuação prática. Um exemplo disso é a Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que veio a lume para tratar de forma mais recrudescida, que se acredita mais passível de eficácia, as questões ligadas à violência de gênero, num contexto em que se partiu, para a elaboração dessa lei, da idéia de que os Juizados Especiais Criminais não foram capazes de responder adequadamente a tais conflitos.

O vácuo existente entre a reforma legislativa e jurisprudencial do sistema de justiça criminal brasileiro e a práxis pode ser, em grande parte, atribuído a uma concepção predominante, nos agentes encarregados de aplicar o direito, de que a solução de conflitos sociais, manifestados no âmbito da infração penal, apenas se alcança por meio de uma solução punitiva, dada verticalmente, seja ela qual for²⁴.

Contudo, a investigação de campo levada a cabo demonstra que a aproximação de todos os sujeitos envolvidos no conflito/infração penal - por meio da discussão e conciliação igualitária, ressalvada a possibilidade do devido processo legal para fazer valer o estado de inocência, numa prática na qual as partes e as instituições realmente discutam e construam a verdade de maneira mais cooperativa - é o que mais seria capaz de atender às expectativas, tanto das vítimas quanto dos autores dos fatos delituosos, sobretudo, e já agora no nosso entendimento, naquelas infrações com vítimas determinadas²⁵.

Ressalta-se que a dificuldade e o empecilho ao atingimento desses ideais de distribuição de justiça (igualitária) não podem ser atribuídos apenas ao Direito e seus operadores, dado que aquele é apenas um subsistema de uma sociedade composta por diversos outros, que se apresentam formados (ou deformados) no caso brasileiro com

²² A respeito de tais pesquisas e sua análise articulada, de forma ampla, vide *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil: Ensaio Interdisciplinares*. Organização: Maria Stella de Amorim, Roberto Kant de Lima e Marcelo Baumann Burgos.

²³ *Cidadania e Jurisdição de Direitos nos Juizados Especiais Criminais*, p. 218.

²⁴ Isso explica a razão pela qual, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, as medidas “desprisonalizadoras”, em regra adotadas pelos promotores e juizes, tenham recaído no pagamento de cestas básicas e prestação de serviços à comunidade.

²⁵ KANT DE LIMA, Roberto; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Administração da Violência Cotidiana no Brasil: A Experiência dos Juizados Especiais Criminais*. p. 19-50.

extrema desigualdade de tendência progressiva. Portanto, não se pode esperar que o sistema de justiça criminal²⁶ solucione, sozinho, a questão da administração igualitária e comunicativa do Direito.

5 Conclusão

O processo penal brasileiro que hoje se pretende aplicado de acordo com os postulados da Constituição de um Estado Democrático de Direito, no curso da história se originou e se estruturou basicamente de acordo com os interesses do Estado, que agia em relação ao fenômeno da criminalidade para pacificar e dar solução ao conflito social estabelecido com a ocorrência da infração penal, sem maiores preocupações conciliatórias ou com o emprego da participação popular direta no encontro de soluções para tais conflitos.

Nessa ordem de idéias, o devido processo legal no Brasil não corresponde exatamente ao consubstanciado na *common law tradition*. Entretanto, no curso da evolução das conquistas constitucionais nacionais, o devido processo legal brasileiro vem, a nosso juízo, travando uma incessante e cada vez mais profícua luta para se converter em uma garantia real e efetiva contra o poder do Estado, desempenhado na persecução e punição do fato delituoso.

A nosso juízo, não se pode asserir que as matrizes inquisitorial/eclesiástica e de autoridade - que acompanharam, em boa parte, a evolução do nosso processo penal - sejam ainda hoje o fator prioritário e determinante do óbice à realização de uma melhor justiça no âmbito criminal. Primeiro, porque pelo menos há duas décadas que se vem observando substancial alteração legislativa e jurisprudencial em sentido oposto ao daquela tese, o que demonstra uma real mudança de iniciativa, embora nem sempre acompanhada da prática disseminada, correspondente e necessária de nossas instituições. Segundo, porque mesmo onde se desenvolveu um processo dito conciliatório, de tradição da *common law*, também é possível constatar instrumentos processuais, práticas e institutos com o mesmo viés inquisitorial e de autoridade.

Na verdade, a efetivação do princípio do devido processo legal democrático por meio do qual se possa consagrar a justiça - de acordo com uma prática processual democrática - não é uma tarefa acabada a que se possa atingir definitivamente e de forma fácil,

²⁶ A esse respeito, e focalizando mais os Juizados Especiais Criminais, assim se manifestaram KANT DE LIMA; AMORIM e BURGOS, op. cit., p. 50.

senão por meio de diuturno empenho. Nem nos parece que seja uma tarefa dada ao comodismo de quem espera resolver grandes questões com soluções de menor esforço como, por exemplo, editando normas, por melhores e mais completas que sejam, que importam modelos que em nada se identificam com o desenvolvimento da nossa ciência jurídica, ou limitando-se a apontar críticas ao sistema.

Enquanto houver sociedade complexa e plural como sistema macro de relações humanas, repleta de interesses diversos e divergentes, de grupos desiguais e contrapostos, sempre haverá a possibilidade de que se desvirtue a utilização de mecanismos abstratos ou teóricos para solucionar esses conflitos, de forma injusta e desigual. Sendo assim, por mais que se tenha um subsistema de direito elaborado, com a finalidade de dar solução ao conflito derivado da infração penal, seja de que tradição for esse sistema, sempre se estará diante do risco de que sua utilização prática seja desvirtuada em desfavor dos mais fracos.

Destarte, pensamos que o que mais importa para a realização da justiça por intermédio do processo penal é saber que o foco de tudo isso deve estar dirigido aos homens encarregados de se deparar com a situação concreta, avaliá-la conforme os princípios e as normas constitucionais hoje existentes, e trazer a resolução do conflito. Homens que devem permanecer preparados e imbuídos do real sentido de se encontrarem investidos da parcela do poder que lhes autoriza atuar nesse conflito social, de forma a realizar a mais precisa idéia de justiça.

6 Referências Bibliográficas

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMORIM, Maria Stella de. Cidadania e jurisdição de direitos nos juizados especiais criminais. In: *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

_____; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos juizados especiais criminais. In: *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

FEREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. O due process of law e o devido processo legal no sistema processual penal. In: *Ensaio sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871: control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

LIMA, Roberto Kant de. *Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da Devassa ao Inquérito Policial. Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro: v. 16, n. 1/2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.