

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO SISTEMA CRIMINAL DO BRASIL E DOS EUA*

CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN CRIMINAL SYSTEM OF BRAZIL AND THE U.S.A.

Heron Santana Gordilho

RESUMO

O presente ensaio apresenta uma comparação entre os sistemas criminais do Brasil e dos EUA. Inicialmente analisa o sistema estadunidense, que tem como base a participação popular da administração da justiça e a negociação consensual da verdade. O autor analisa a evolução jurídica do princípio do due process of law a partir de interpretações jurisprudenciais da Corte Suprema dos EUA, que acabou por desenvolver o substantive due process of law, princípio hermenêutico auto-aplicável, que tem permitido que aproximadamente 95% dos crimes tenham as penas negociadas entre acusação e defesa, o que torna aquele sistema mais célere e democrático, já que possibilita ao réu participar do processo de aplicação da pena. Por fim, o autor critica a timidez com que a justiça penal consensual foi introduzida no Brasil, uma vez que a lei 9.099/95 só admite a transação penal para crimes cuja pena cominada seja de até dois anos, o que reduz bastante o alcance e os benefícios sociais do instituto.

PALAVRAS-CHAVES: O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMMON LAW E CIVIL LAW JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

ABSTRACT

This paper presents a comparison between the criminal systems of Brazil and the USA. Initially it examines the U.S. system, which is based on popular participation in the administration of justice and the consensual truth. The author demonstrates that the principle of due process of law evaluated from judicial interpretations of the U.S. Supreme Court, which eventually developed the substantive due process of law, a self-applied hermeneutic principle that has allowed about 95% of crimes have the penalties negotiated between prosecution and defense. This negotiation makes the system faster and more democratic, offering the possibility of the defendant to participate in the process of implementing the sentence. Finally, the author criticizes the Act 9099/95. It only allows the bargain for punishment crimes until two years.

KEYWORDS: DUE PROCESS COMMON LAW AND CIVIL LAW CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1 - Introdução

Nada pode enfraquecer mais um governo do que ele desrespeitar as próprias regras que edita. **Juiz Clark**

Embora existam semelhanças entre as estruturas sociais e políticas do Brasil e dos EUA, países capitalistas de imigração situados no Novo Mundo, quando analisamos os seus respectivos modelos jurídicos de controle social podemos notar diferenças significativas.

Inicialmente porque adotam famílias jurídicas distintas, o Brasil filiado ao sistema Romano-Germânico, fundado numa tradição iluminista opera com códigos legais legitimados pelo Poder Legislativo, com ênfase em processos inquisitivos de aferição da verdade real ou material, e os Estados Unidos, com exceção do Estado da Lousiana, filiados ao *Common Law*, que privilegia a participação popular na administração da justiça e concentra sua legitimação em processos de negociação consensual da verdade.

Como sabemos a Constituição dos EUA é sintética, contendo mais princípios do que regras, mas até 15 de dezembro de 1791 foram aprovadas dez emendas constitucionais tratando de direitos fundamentais, que ficaram conhecidas como uma declaração de direitos dos EUA (*bill of rights*), e muitos consideram essas emendas um verdadeiro mini-código de processo penal.

Este ensaio pretende inicialmente traçar rápidas considerações sobre as famílias jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*, também denominada Romano-germânica, seguida de uma breve comparação entre a garantia constitucional do devido processo legal nos sistemas criminais do Brasil e dos EUA, identificando individualidades e peculiaridades entre o instituto da transação penal introduzido em nosso sistema pela Lei n. 9.099/98 e o *plea bargain* do sistema estadunidense.

2 – Common Law e Civil Law

A história da liberdade norte-americana é, e não em pouca monta, a história do processo. **David J. Bodenhamer**

Em regra a expressão *Common Law* é empregada para designar uma tradição jurídica nascida na Inglaterra do século XI, a partir das sentenças dos Tribunais de Westminster,

como eram denominadas as cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas diretamente.

A expressão, no entanto, não deve confundir-se nem com o direito inglês, já que também é adotado pelo País de Gales; nem com o direito britânico, vez que a Escócia, embora seja um reino integrante da Grã-Bretanha, adota o sistema Romano-germânico; nem com o direito anglo-saxão, que se refere aos direitos costumeiros e particulares das tribos dos primitivos povos da Inglaterra antes da conquista normanda em 1066, e que inicialmente eram aplicados pelas *Conty Courts*, mas foram suplantados justamente com a criação do *Common Law*.

Tampouco pode ser confundido com a *Equity*, inicialmente aplicada pelos Tribunais do Chanceler do Rei, visando temperar o rigor da *Common Law*, atendendo as questões de equidade, quando inexistia um *writ* para a resolução jurídica de determinada situação excepcional.

Com efeito, na origem histórica do *Common Law*, semelhante ao processo formular dos *praetores* e do *judex* romanos, a distribuição da justiça era uma prerrogativa que os reis outorgavam aos juízes (*judges*) que perambulavam pelo reino, concedendo *writ* para que as autoridades respeitassem uma situação jurídica do beneficiado, que posteriormente poderia ter as questões de fatos de suas pretensões julgadas por um *jury*.

Hoje, tanto na Inglaterra quanto nos EUA, os órgãos de aplicação da *Common Law* e da *Equity* estão unificados, e embora continue válido o princípio que só admite a utilização da *Equity* quando inexistir remédio na *Common Law*, na prática esta divisão ocorre mais em função da classificação do instituto jurídico do direito, prevalecendo os julgamentos pelo juiz togado na *equity* e pelo júri no *Common Law*.

Em outro sentido, *Common Law* significa o direito criado pelo juiz (*judge-made-law*) através dos precedentes judiciais (*cases law*), que se contrapõe ao *Statute Law*, que é o direito criado pelo legislador através dos *enactments of legislature*, consubstanciados em tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, bem como nos diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário.

Inicialmente é preciso ter em conta que nos EUA, a União Federal e a maioria dos Estados-membros adotam um sistema misto entre a *Common Law* e a *Civil Law*, com uma Constituição Federal escrita e rígida, com supremacia em relação a qualquer outra norma jurídica, seja ela instituída por juízes ou legisladores infraconstitucionais, pois ainda que o *case law* seja a principal fonte do direito, a lei escrita lhe é superior, podendo a qualquer momento modificá-las.

A família jurídica Romano-Germânica ou da *Civil Law*, por sua vez, nasceu na Europa continental a partir da combinação de várias tradições surgidas em diferentes períodos da história, tais como o Direito Civil Romano, o Direito Canônico, a Ciência Jurídica, a Escola da Exegese, o processo de codificação e o Direito Comercial.

As suas características principais são a suprallegalidade do texto constitucional e o conseqüente controle de constitucionalidade, a divisão entre o direito público e o

privado, o predomínio da lei escrita e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das leis.

É que enquanto na Inglaterra, a evolução do direito se deu no sentido da elaboração de regras sobre ações processuais, de modo que a inexistência de um *writ* para determinada situação poderia ter como consequência a impossibilidade de dizer-se o direito, a Europa continental estava mais preocupada com o direito material.

Em verdade, o caráter distintivo da família Romano-Germânica, quando comparada com o *Common Law*, é que na primeira a legislação é a principal fonte jurídica, lugar ocupado na segunda pelo costume e precedentes judiciais, de modo que as leis são utilizadas excepcionalmente, apenas para os casos por ela regulados, não sendo permitida a interpretação analógica.

3 – O devido processo legal no sistema criminal dos EUA

Um ato legislativo (que não posso chamar de lei) contrário aos primeiros princípios do contrato social, não pode ser considerado um exercício legítimo de autoridade legislativa. A obrigação de uma lei em governos estabelecida em contrato expresso, e de princípios republicanos, deve ser determinada pela natureza do poder em que está fundada. Alguns exemplos são suficientes para explicar o que eu quero dizer. Uma lei que puniu um cidadão por um ato inocente, ou, em outras palavras, por um ato, que, quando realizado, não violava qualquer lei existente; uma lei que destrói, ou prejudica os contratos privados de caráter legal dos cidadãos; uma lei que faz um homem juiz da sua própria causa; ou uma lei que retire a propriedade de A e dê para B: é contra qualquer razão e justiça um povo dotar um legislativo com tais poderes, e consequentemente, não se pode presumir que o fêz. Juiz Samuel Chase(1798)

A mais importante proteção à liberdade pessoal consiste no modo de julgamento assegurado a toda pessoa acusada de cometer um crime. A parte goza durante todo o processo da presunção de inocência até que se prove que ele é culpado.

Nos EUA todo ato positivo ou negativo de violação de uma lei criminal é também considerado uma ofensa contra o Estado. Quando essa ofensa é grave (*felonies*) se imputa uma pena privativa de liberdade a ser cumprida numa penitenciária ou prisão do Estado, e em alguns casos até mesmo se aplica a pena capital. Quando, porém, a ofensa é menos grave (*misdemeanour*), é imputada uma pena privativa de liberdade em reformatórios ou cadeias públicas.

O processo criminal nos EUA é regulado por normas constitucionais e por uma legislação federal escrita (*Federal Statutes*) editada pelo Poder Legislativo em colaboração com o Executivo (*Acts*) e pela Corte Suprema através das Normas Federais Regulamentares do Processo Criminal de 1946 (*Federal Rules of Criminal Procedures*).

Nos Estados-membros (*member States*), dada a característica centrífuga da federação nos EUA, a principal fonte de direito processual criminal são as Constituições Estaduais,

seguidas pelas leis ordinárias estaduais (*statutes laws*), regulamentações dos Tribunais Superiores e pelos precedentes judiciais (*state case laws*).

Com efeito, as normas de direito criminal e processo criminal nos EUA não são uniformes, e salvos nas questões do âmbito da Justiça Federal, variam substancialmente em cada Estado–membro, de modo que se pode afirmar que a única regra nacional no processo criminal nos Estados da Federação norte-americana é o respeito irrestrito e sagrado ao princípio de base da democracia daquele país: o devido processo legal (*due process of law*), enquanto conjunto de regras que impõem o devido respeito aos direitos subjetivos fundamentais da vida, liberdade, livre expressão, ir e vir, julgamento por um júri nos crimes graves e respeito à propriedade individual .

A matriz do devido processo legal tem origens na cláusula *law of land*, inscrita na *Magna Charta* de 1215, documento considerado um dos principais antecedentes do constitucionalismo moderno, que acabou por se tornar um dos principais instrumentos de interpretação da Suprema Corte dos EUA.

Esse princípio foi inicialmente consagrado pelas IV,V e VI Emendas, que foram ratificadas em 15 de dezembro de 1791 juntamente com as emendas I, II,III, VII, VIII, IX e X, constituindo na denominada *Bill of Rights*, que é a Declaração de Direitos norte-americana.

As primeiras declarações de direito dos EUA ocorreram em 1776, decorrentes da luta de algumas colônias contra a metrópole, e para muitos autores vão influenciar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789.

A Emenda I trata dos direitos relativos ao culto religioso, à liberdade de expressão e de imprensa, aos direitos de reunião e de petição, e um dos principais exemplos foi o do professor de biologia J. Scopes, que acabou absolvido em 1925 pela Corte Suprema do Tennessee, após ser condenado em primeira instância por ensinar a teoria da evolução numa escola de segundo grau.

A Emenda II cuida do direito ao porte de armas, a III do direito de privacidade, enquanto a Emenda IV trata da inviolabilidade da residência em face a buscas e apreensões.

A Emenda V foi a primeira a fazer referência à *due process clause*, consubstanciado no julgamento pelo júri popular nos crimes mais graves, a impossibilidade de alguém ser processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de não ser obrigado a depor contra si mesmo e direito a justa indenização nos casos de expropriação.

A Emenda VI contempla os princípios do *fair trail*, pois todo acusado tem direito a um julgamento rápido por um júri formado por pessoal residente no local do crime, ser informado do teor da acusação e assistido por um advogado e arrolar testemunhas.

A Emenda VIII proíbe a imposição de fiança ou multa de valor excessivo, penas cruéis e inusitadas, ao passo que a Emenda XIX afirma que os direitos constitucionais são meramente exemplificativos.

Em sua origem tais princípios constitucionais apenas podiam ser invocados contra as autoridades federais, mas após a Guerra Civil e a libertação dos escravos, foi promulgada a Emenda XIV (*Fourteenth Amendment*) em 16 de junho de 1866, posteriormente ratificada por todos os Estados-membros, em 23 de julho de 1868, que passou a admitir a invocação das garantias do *Due Process of Law* também contra as autoridades estaduais.

É importante ressaltar que mesmo após essa Emenda a Suprema Corte ainda relutava em aplicar a *Bill of Rights* não era um direito dos réus, mas um dever das autoridades federais, de modo que não se aplicava na esfera privada nem nas esferas estaduais, o que só vai ocorrer em 1961, ao julgar o caso *Mapp v. Ohio*.

A partir de então os Estados não mais puderam desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Desse modo, nos EUA o *Due Process of Law* significa um princípio de hermenêutica e de direito auto-aplicável, tanto a nível federal como estadual, de resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a proteção contra buscas e apreensões invasivas da privacidade, sendo necessário mandado judicial com expedição sujeita a comprovação da ocorrência de justa causa (Emenda IV); direito a um julgamento pelo júri nos crimes graves, proteção contra dupla acusação e o direito ao silêncio (Emenda V); direito a um julgamento rápido efetuado pelo júri do local onde ocorreu o fato, direito a ser informado do teor da acusação, direito a ser assistido ou a recusar advogado, direito ao contraditório das testemunhas e a ter testemunhas de defesa forçosamente conduzidas (Emenda VI).

Com efeito, no sistema criminal dos EUA, após a prisão de qualquer pessoa, esta deve ser apresentada a um funcionário da Justiça com poderes decisórios mas sem as garantias constitucionais dos juízes, (*magistrate*), para exames preliminares (*preliminary examinations*), oitiva de testemunhas e recolhimento de provas circunstanciais, com poderes para decretar a atipicidade da conduta ou a inexistência de prova de autoria (*dismissal*) ou estabelecer uma fiança para livrá-la solta (*fix a bail*) enquanto se iniciam as investigações, decisões essas que são recorríveis a um juiz pleno, denominado *article III judge*, em referência ao artigo terceiro da Constituição.

No interrogatório para colheita de provas pela polícia, o suspeito tem direito a ter advogado (*right to counsel*) ou de recusar advogado (*right to refuse counsel*); não sendo admitido o atraso injustificável ou tentativas de auto-incriminação (*self-incrimination*).

Além disso, sob pena de exclusão do procedimento probatório ou posterior nulidade *ab initio* do processo (*exclusionary rules*), é defeso a utilização de provas obtidas com atos invasivos da liberdade das pessoas, tais como a apreensão abusiva de coisas, invasão de domicílio ou revista pessoal invasiva dos direitos da pessoa humana (*unreasonable search and seizure*), bem como a confissão obtida por meios coercitivos (*coerced confession*).

Concluídas as investigações policiais, as informações são encaminhadas ao promotor de justiça (*public prosecutor*), mas como no sistema criminal dos EUA prevalece o princípio da oportunidade, o promotor público pode optar pela não promoção da ação penal, tendo em vista a conveniência do interesse público, acalentado pela tópica de

que o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes (*mínima non curat praetor*), podendo deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar que a ação penal poderá provocar inconvenientes ao interesse público, determinando, então, o arquivamento dos autos do inquérito.

Segundo Dworkin:

Nos Estados Unidos, os promotores públicos têm o poder discricionário para aplicar ou não leis penais em casos particulares. Um promotor pode, com propriedade, decidir por não manter a acusação caso o infrator for um jovem inexperiente, ou arrimo de família, ou caso ele se arrependa ou colabore com a polícia, ou se elei for impopular, impossível de ser aplicada, ou geralmente desobedecida, ou se os tribunais estiverem abarrotados de casos mais importantes, ou ainda por dezenas de outras razões. Esse poder discricionário não significa abuso de liberdade – espera-se que os promotores tenham boas razões para exercê-lo.

Se o promotor, entretanto, decide pela persecução criminal, a defesa poderá adotar três caminhos:

a) tratando-se o direito ao julgamento pelo *Grand Jury* de um direito disponível, o suspeito pode preferir ser indiciado diretamente pelo promotor, onde terá a possibilidade de negociar a admissão de culpa (*plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged*) por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do crime para um delito com punibilidade menos grave através de um acordo (*plea bargaining*) que produzirá seus efeitos apenas naquele processo, não servindo de prova para outro processo criminal ou cível, face a garantia contra dupla acusação (*guarantee against double jeopardy*).

A *plea bargaining* consiste fundamentalmente numa negociação entre a promotoria e a defesa, em que após definida a prática da infração penal, e superada a fase do *preliminary screen* (a nossa *opinio delicti*), abre-se oportunidade ao suspeito para o *pleading*, onde poderá se pronunciar a respeito da sua culpabilidade: se se declara culpado e confessa o crime (*pleads guilty*) após um processo de negociação com a promotoria para a troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais limitado de crimes, opera-se a *plea*, que é a resposta da defesa, e então pode o juiz fixar a data da sentença, sem necessidade do devido processo legal ou de um veredicto.

b) recusa o litígio, alegando o "*plea nolo contendere*", que autoriza uma sentença como se fosse culpado, mas que não representa confissão de culpa e nem serve de prova para outros procedimentos criminais ou cíveis, face a proteção contra dupla acusação.

c) alega inocência (*not guilty*) por insuficiência jurídica da acusação ou silencia, dando início a segunda fase do processo penal, com a instalação do *trial* e seus procedimentos públicos, que a depender do Estado-membro o juiz julga com ou sem a participação do júri

A partir de então se instaura o processo criminal (*trial*) através de uma acusação formal contra o suspeito, que a depender do Estado-membro poderá ser feita a) perante um *Grand Jury*, formado por 25 jurados leigos com poderes para ouvir testemunhas e ordenar providências investigatórias, b) ou diretamente a um Juiz, sempre tendo em

conta que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana que podem ensejar a anulação do processo penal pelos procedimentos recursais, encontra-se o que se refere à imparcialidade do *Grand Jury* e do *Jury*, tanto do juiz quando dos jurados leigos.

Se o promotor apresenta os seus argumentos perante o *Grand Jury*, este poderá aceitá-los (*indictment*) ou apresentar uma nova acusação (*presentment*) sem considerar os argumentos daquele.

Definido o procedimento, com a aceitação da acusação pelo Grande Júri (*indictment*), ou com a apresentação de nova acusação pelo Grande Júri (*presentment*) ou ainda com acusação feita diretamente perante o juiz (*information*), o juiz designa a data do julgamento que tem início com a formação do *petty juri*, em regra formado por 12 leigos (*laymen*), os jurados (*jurors*) e seu porta-voz (*foreman*), cuja competência é julgar as questões de fato e apresentar um veredicto em favor da inocência (*not guilty*) ou da culpabilidade (*guilty*) do réu.

Nesta fase predomina a oralidade e a informalidade dos procedimentos, aliada a sofisticadas regras sobre a administração das provas (*The Law of Evidence*), onde a requerimento inicial (*complaint*) exige apenas o relato dos fatos, a indicação da autoria e o pedido do remédio.

Escolhido o júri, o julgamento se inicia com as alegações iniciais (*arraignment the trial judge*) da promotoria e da defesa, que consiste na leitura formal do libelo acusatório, seguido de um relato estéril dos fatos e da indicação lacônica das provas a serem apresentadas pelo Estado e pela defesa, sem qualquer argumentação ou inferência das provas.

Os autos do inquérito policial, bem como as provas obtidas na fase anterior não são levadas em consideração, assim como o réu (*defendant*) não está obrigado a prestar depoimento, em virtude da garantia contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), sem que isso possa ser interpretado contra a sua defesa.

A evolução do direito criminal norte-americano ocorreu em duas grandes fases: o *procedure due process* de caráter estritamente processual, e o *substantive due process* consubstanciado na jurisdição constitucional com vistas no controle constitucional do arbítrio legislativo, também denominado princípio da proporcionalidade.

Para alcançar esta dimensão substantiva, especialmente após a queda da bolsa de 1929 com a implantação do *New Deal*, a Suprema Corte estadunidense passou a admitir o intervencionismo judicial para assegurar direitos e liberdades não econômicas, abrindo um amplo espaço para o exame de mérito dos atos do poder público, redefinindo o conceito de discricionariedade, para a luta pela igualdade racial (*Brown v. Board of Education*), privacidade (*Griswold v. Connecticut*), aborto (*Roe v. Wade*), por direitos políticos (*Reynolds v. Sims*).

4 - O devido processo legal no sistema criminal brasileiro

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. **Rui Barbosa**

No Brasil o princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal:

Art. 5º .

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em verdade, também no Brasil o princípio do devido processo legal quase se confunde com o princípio do Estado de Direito, e se num sentido restrito consiste na garantia de que não haverá pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*), em sentido amplo é uma espécie de princípio reitor de todo o sistema jurídico processual, já que todos os outros dele são derivados, tais como os princípios da publicidade dos atos processuais (inc. LX), da proibição de provas obtidas por meio ilícito (inc. LVI), do promotor e do juiz natural (inc. LII), do contraditório e da ampla defesa (inc. LV), da presunção de inocência (inc. LVII), do direito ao silêncio e de ser assistido pela família e por advogado (inc. LXIII), de não ser obrigado a confessar sob coação física ou moral (inc. XLIX) e de um julgamento pelo júri popular nos crimes dolosos contra a vida (inc. XXXVIII).

Inobstante, embora os autores costumem afirmar a origem norte-americana do instituto, o princípio do devido processo legal no Brasil é distinto em muitos aspectos do daquele país, mesmo porque lá o devido processo legal é uma opção do acusado, a quem é devido, pelo Estado, um determinado procedimento judicial, entre eles o *speedy trial*, que é um julgamento rápido, enquanto no nosso sistema o julgamento é obrigatório e de temporalidade predeterminada. (LIMA, 1999:122).

Com efeito, enquanto no sistema criminal dos EUA o devido processo legal é um direito disponível, no Brasil prevalece o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, fundados na tópica *delicta maneant imputina* (os delitos não devem ficar impunes), de forma que a autoridade policial e o promotor de justiça estão obrigados, sob pena de cometerem o crime de prevaricação, a promover a apuração e a deflagração da ação penal de todo e qualquer delito, só podendo deixar de fazê-lo nas hipóteses de atipicidade, impunibilidade do agente, ilegitimidade processual, imaterialidade do fato por falta de prova material ou autoria ignorada, mesmo assim através de requerimento de arquivamento ou absolvição sumária que deve ser submetida a apreciação do juiz.

Além disso, proposta a ação penal pública, prevalece o princípio da indisponibilidade do processo, e o Ministério Público não poderá dela dispor, transacionando, desistindo ou acordando com o acusado.

Não obstante, a partir da vigência da Lei Federal nº 9099/95, estes princípios foram mitigados, pois a denominada lei dos juizados especiais criminais possibilitou a transação penal entre a acusação e defesa nos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapassam dois anos de reclusão) para a aplicação de medidas alternativas privativas de direitos que acabam por extinguir a punibilidade do crime, sem que isso signifique reconhecimento de culpa, além de não determinar

qualquer repercussão na esfera cível, o que torna o instituto semelhante ao *plea nolo contendere*.

Em verdade, este instituto de despenalização vai abrir exceção, não apenas ao princípio constitucional do devido processo legal, mas também aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, e até mesmo o da verdade real, que para muitos é o escopo principal do processo penal, ao buscar, dentro dos autos da instrução criminal, os elementos probatórios da autoria e materialidade do delito com a certeza absoluta da verdade, através da reconstituição simulada do fato.

Com efeito, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal vai ser excepcionado pelo princípio da discricionariedade regulada ou regrada, que permite que em casos legalmente previstos se abra espaço para a autonomia das vontades das partes sob controle do Poder Judiciário.

Importante salientar que embora alguns autores falem na inconstitucionalidade da lei dos juizados especiais criminais, não podemos deixar de ressaltar que foi a própria Constituição Federal que em seu art. 98,I permitiu a criação de juizados especiais criminais onde fosse possível a transação penal, razão pela qual não se pode falar em inconstitucionalidade da própria norma constitucional.

No Brasil, após o recebimento da ação penal pelo juiz, a garantia do devido processo legal assegura ao réu o direito ao contraditório (art. 5º, LV da CF), de forma que na fase processual a acusação e a defesa devem estar em posição de igualdade, não existindo entre elas diferença de meios, prazos ou oportunidades, sendo defeso ao juiz praticar qualquer ato processual sem o conhecimento da parte contrária.

Nesta fase processual prevalece o princípio da publicidade, de forma que todos os atos judiciais devem ser públicos, salvo nas situações previstas no art. 5º, LX da CF, quando se tornar necessária a preservação da intimidade da parte ou quando o interesse social assim o exigir, como nos casos em que, a critério do Juiz, houver possibilidade de escândalo, perigo de perturbação da ordem pública ou qualquer outro inconveniente grave (art. 792, § 1º, do CPP).

No Brasil, porém, embora seja assegurado o direito ao silêncio como um direito fundamental do acusado, para muitos juízes isto pode significar uma confissão de culpa (quem cala consente), vez que até antes da Constituição de 1988, o juiz era obrigado a advertir ao réu que o seu silêncio poderia ser contra ele utilizado.

É que enquanto os EUA adotam o sistema de certeza moral do legislador e da verdade legal ou formal, com repulsa a aspectos inquisitoriais, onde o juiz é uma espécie de árbitro, sem impulsos oficiais em relação a sociedade, representada pelo Ministério Público e pelo acusado, com a lei impondo a observância de princípios e estabelecendo o valor de cada prova, no Brasil prevalece o sistema da livre convicção e da verdade real, de forma que o *jus puniendi* não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes, de maneira que uma vez proposta a ação penal, pública ou privada, a tramitação processual depende de impulso oficial do juiz, que pode promover todas as diligências que julgar necessárias para ordenar o processo, inclusive modificando qualificadoras, privilégios ou a própria tipificação do crime.

Além disso, o juiz tem amplos poderes para dar ou não credibilidade a essas provas, prevalecendo o seu livre convencimento e a relatividade das provas, já que não existem provas preponderantes, e mesmo que o Ministério Público proponha a absolvição do acusado, o juiz poderá condená-lo .

É que enquanto nos EUA se controla não apenas a causa eficiente e material das provas, mas também a sua causa final e o seu *modus faciendi*, e a violação de certas formalidades probatórias poderão dar causa a nulidade total do processo (SOARES, 1999:139), no Brasil do princípio do contraditório decorre a liberdade processual, podendo o acusado apresentar qualquer meio de prova e escolher o advogado que lhe aprouver, de modo que os acusados podem e devem usar de todos os recursos possíveis para sua defesa, desde o silêncio até a mentira - eis o paradoxo do nosso sistema criminal - vez que o interrogatório não é feito sob juramento, razão pela qual ao suspeito da fase inquisitorial e ao réu da fase processual é permitido apresentar a versão que lhe aprouver para os fatos, sem que isto represente qualquer risco jurídico, enquanto que no sistema criminal dos EUA o acusado pode silenciar, mas se resolve falar depõe como testemunha e não poderá mentir sob pena de cometer o crime de perjúrio, que entre nós é mais conhecido por falso testemunho.

É certo que em nenhum dos países se admite provas ilegais, que são as provas ilícitas, obtidas com violação de direito material, tais como a inviolabilidade domiciliar, telefônica, à intimidade, ao sigilo, à integridade física etc., e as provas ilegítimas, obtidas com desrespeito ao direito processual, salvo em casos extremamente graves e em legítima defesa de direitos humanos fundamentais, como nos casos de gravação telefônica para comprovação de crime de sequestro ou extorsão.

No Brasil, ainda não está sedimentada a questão dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, a comunicabilidade da prova ilícita originária em relação as demais provas dela decorrentes, muito embora a mais recente decisão do STF tenha sido no sentido de reafirmar este princípio. No entanto, a existência de provas ilegais não determinam por si só a nulidade do processo, desde que existam outras provas lícitas e autônomas que conduzam à culpabilidade do réu.

5 - Conclusões

A vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência. **Oliver Wendell Holmes Jr.**

Para entender o direito numa sociedade complexa como a nossa, Habermas destaca a necessidade de uma razão comunicativa que difira da clássica razão prática, enquanto instrumental lingüístico onde as interações se equilibrem na busca do entendimento, razão esta que forneceria o suporte de um massivo consenso de fundo, a partir da idéia de autonomia, onde os homens possam agir como sujeitos livres, na medida em que obedeçam a normas que eles mesmos tenham participado da elaboração, em um processo intersubjetivo.

O sistema criminal dos EUA, típico do espírito pragmático anglo-saxão, confere total independência ao Ministério Público para na maioria absoluta dos casos negociar a culpabilidade e a tipicidade dos crimes, conseguindo então solucionar 95% dos casos penais fora dos tribunais, sem a necessidade de um processo penal caro e, moroso.

É que a base democrática nos EUA impõe a participação popular na administração da justiça, onde uma grande parte dos promotores e juizes estaduais são eleitos, o que confere uma dimensão política muito acentuada à Justiça.

Por outro lado - a despeito das distorções inerentes ao sistema econômico e político norte-americano, tais como, o racismo e o hedonismo - como apenas são levados ao processo do júri popular os casos criminais em que o acusado recusa a transação penal (*bargaining*) e exige um julgamento rápido, é possível à polícia, peritos e promotores uma dedicação efetiva ao caso.

Isto, sem dúvida, confere um elevado grau de eficácia social ao direito criminal nos EUA, sem contar a enorme economia nos gastos públicos e no tempo despendido para o julgamento do acusado, com significativos ganhos para o Estado, sociedade e também para os acusados.

Não obstante, este sistema sofre severas críticas, principalmente de autores brasileiros, formados na tradição jurídica liberal, onde os princípios da culpabilidade e da verdade real ocupam lugar de destaque na teoria do direito penal, sob a alegação de num sistema como este pode ocorrer o favorecimento dos segmentos mais abastados da população, onde os mais pobres teriam menos poder de barganha, por não disporem de bons e bem remunerados advogados, o que certamente ensejaria muitos erros judiciários .

Além disso, muitos afirmam que o sistema criminal dos EUA importaria na destruição de princípios constitucionais basilares, dentre eles o princípio do devido processo legal, e mais notadamente os da presunção de inocência e da verdade real ou material, bem como o da separação dos poderes, por significar uma invasão do Ministério Público no campo de atribuições do Poder Judiciário.

De uma forma ou de outra, porém, sabemos que o sistema criminal brasileiro, ainda arraigado aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, se encontra em colapso, e talvez por esta razão, a partir da Lei nº 9.099/95 tenha sofrido influência do sistema criminal dos EUA, notadamente da *plea nolo contendere*, ao admitir nos crimes de menor potencial ofensivo transação penal sem o devido processo penal clássico.

Na verdade, a lei brasileira está mais próxima dos modelos italiano (arts. 439 e 556 do CPP) e português (arts. 392 *et seq* do CPP), que excepcionam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal apenas em casos legalmente previstos, onde o Ministério Público deve observar determinadas condições, dentre elas a proibição de propor penas privativas de liberdade.

Esta influência também pode ser notada no instituto da suspensão condicional do processo, em muito semelhante ao *probation* do sistema criminal dos EUA, vez que se o crime possuir pena mínima abstrata não superior a um ano, houver reparação do dano e existir a possibilidade de concessão de futuro *sursis* (suspensão da execução da pena já

aplicada) ao acusado será permitida a suspensão do processo, que sem discutir a culpabilidade e mediante o cumprimento de certas condições poderá ver extinta a punibilidade pelo crime praticado.

Estes institutos marcam a introdução de justiça criminal consensual em nosso sistema, permitindo uma resposta rápida para crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, e ao próprio suspeito a possibilidade de livrar-se de um processo demorado e de conclusão imprevisível em troca da extinção de punibilidade mediante o cumprimento de medidas alternativas e da reparação dos danos que o fato provocou.

A rigor, esta lei, que poderá promover uma verdadeira revolução no sistema criminal brasileiro, veio se contrapor à tendência atual, que inspirada no movimento denominado “lei e ordem” propõe um direito penal simbólico, excessivamente intervencionista e preventivo, através de medidas repressivas de extrema severidade, tais como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado, que findaram por não produzir o efeito esperado de diminuição da criminalidade.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao contrário, acompanha os avanços apresentados em diversos países, dentre eles o sistema criminal dos EUA e as propostas doutrinárias mais avançadas, pois desde Beccaria se sabe que realmente faz diminuir a criminalidade não é a severidade da pena, mas a certeza da sua aplicação.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais, através dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo vão certamente oferecer uma grande contribuição ao sistema criminal brasileiro, ainda que tenham sido introduzidos de maneira tímida.

Tais institutos deveriam ser ampliados através do aumento para até cinco anos a pena máxima para crimes que permitam transação penal, de modo que um maior número de crimes possam ser submetidos aos juizados especiais criminais

Além disso, devemos inserir em nosso sistema criminal a possibilidade do réu declarar-se culpado e negociar a pena com a justiça, livrando-se de um processo penal moroso e incerto.

6. Referências

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo, Saraiva: 2003.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

COOLEY, Thomas M. A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union. New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HOLMES, Oliver Wendel. The Common Law. New York: Dover Publications,, 1991.

LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça, n.6, p. 113-133, 1999.

ORTH, John V. **Due process f law: a brief history.**

ROBERT, G. Mccloskey. **The American Supreme Court.** The University of Chicago Press. 2.ed. 1994.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** São Paulo: Landy..2001.

ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução.** Rio de Janeiro: Ediouro.2003

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Cf. SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999, p.123.

ROBERT, G. Mccloskey. **The American Supreme Court.** The University of Chicago Press. 2.ed. 1994. p.01.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.51.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** São Paulo: Landy..2001.p.21.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p.196-202.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. Td. Hermínio A de Carvalho, Lisboa. Ed: Meridiano, 1978.

ORTH, John V. **Due processo f law: a brief history**.

COOLEY, Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union**. New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999, p.309.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.126

Segundo BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). **Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr. 2001. p. 320: “O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional”

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992., p.113.

Emenda I - O Congresso não editará nenhuma lei instituindo um religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente e de peticionar ao governo para a correção de injustiças.

Cf. ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003, P.498, Na verdade, a corte não absolveu o réu pelos motivos constitucionais que a União Americana das Liberdades Civas(UALC) esperava, mas apenas mandou arquivar o caso porque o juiz do caso original estabelecera uma multa de 100 dólares, quando a lei do Tennessee só permitia que júris estabelecessem multas até 50 dólares.

Emenda V – Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante, a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação (grand jury), exceto em se tratando de fatos ocorridos nas forças armadas de terra ou mar, ou então na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém será julgado duas vezes pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; ninguém será expropriado de seus bens para uso público sem uma justa indenização.

Emenda IV - O direito do povo de estar seguro contra irrazoáveis buscas e apreensões a sua pessoa, residência, documentos ou móveis, não deve ser violado, e nenhuma busca ou apreensão deve ser concedida, salvo quando existirem causas prováveis, asseguradas por mandado judicial que descreva o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Emenda V- Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infame, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Emenda VI - Em qualquer persecução criminal, o acusado deve gozar do direito a um procedimento rápido e público, por um júri imparcial do Estado ou Distrito em que o crime tenha sido cometido, distrito este que deve ter sido previamente determinado pela lei, e ser informado previamente da natureza e causa da acusação, para ser confrontada com as testemunhas adversas; a ter um procedimento compulsório para trazer testemunhas a seu favor e de ser assistido por advogado para a sua defesa.

O leading case foi Powell v. Alabama de 1932, quando a Suprema Corte a pedido da Associação Nacional para o progresso da Gente de Cor (NAACP) absolveu um grupo de jovens negros condenados à pena capital por agredir alguns brancos na cidade de Scottsboro. À época todos os defensores, brancos, nomeados para o caso recusaram o encargo, salvo um inexperiente advogado de 70 anos, que pouco fez pelos acusados, razão pela qual a Corte reconheceu a ausência de defesa dos réus.

Emenda VIII – Não serão exigidas nem impostas fianças ou multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou inusitadas.

Emenda XIX – A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo.

Emenda XIV- Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Dollree Mapp era uma senhora que teve a sua residência invadida pela polícia estadual, que tinham um mandado de busca de máquinas de jogo ilícito, e não encontrando as máquinas, apreenderam material pornográfico que não guardava relação com o motivo da diligência.

BARROSO, Luis Roberto. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (org). **Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ltr. 2001, p. 322-4.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret. 2003.

LIMA, Roberto Kant de. Acesso ao Saber na Cultura Jurídica do Brasil e dos EUA. In: **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros- Cidadania e Justiça**. n.6. 1999, p. 122.

HOLMES JR. Oliver Wendell. **The common law**. New York:Dover
Publication.1991.p.1.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:entre faticidade e
validade**.volume II. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro.1997, p.189.