

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

I – Parte Geral

1. Tal como hoje o conhecemos, o processo penal norte-americano é produto menos da lei que da jurisprudência da Suprema Corte. Exercendo amplamente o papel de intérprete da Constituição (e de suas emendas), elaborou esse tribunal vistoso tecido normativo, com os escassos e tênues fios que extraiu de um punhado de cláusulas constitucionais. O trabalho construtivo, realizado sobretudo a partir dos anos 50, quando se formou a chamada *Warren Court*, engendrou imponente corpo jurisprudencial, tão inovador, em certos pontos, que a seu respeito se chegou a falar de uma “revolução do processo penal” (1).

São grandes, com efeito, a extensão e a variedade dos tópicos atacados, não raro com notável desenvoltura – para não dizer ousadia – hermenêutica, a justificar a afirmação de que a Suprema Corte ultrapassou mais de uma vez os limites da interpretação e do controle de constitucionalidade das leis e se engajou em obra indisfarçavelmente legislativa. Para tanto muito contribuíram fatores como a feição sintética e a linguagem vaga do texto constitucional, com largo uso de conceitos jurídicos indeterminados; a inexistência de disposições capazes de regular diretamente questões características de tempos mais recentes; e o recurso à noção do *substantive due process*, que abriu à Corte o exame da própria razoabilidade das leis, franqueando-lhe o acesso a terreno bem menos delimitado do ponto de vista técnico, e correlatamente mais exposto ao influxo de opções políticas e ideológicas.

2. No resultado dessa elaboração, a característica predominante pode resumir-se na palavra *garantismo* – alguns diriam *hipergarantismo*, com a conotação crítica, às vezes ácida, que não tem faltado aqui e ali. Note-se, a tal propósito

(*) Texto (acrescido das notas) de conferência pronunciada em 23.8.2000, nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal (Brasília).

(1) Ao propósito, ISRAEL – LAFAYE, *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, St. Paul, 1993, págs. 1 e segs. Cf. o título da obra, eminentemente crítica, de BRADLEY, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, Filadélfia, 1993.

to, o empenho com que a literatura processual penal norte-americana dos últimos tempos, ao lado de exposições sistemáticas do ordenamento, oferece manuais cujo objetivo essencial parece consistir em aconselhar os advogados criminais sobre o modo mais conveniente de invocar a jurisprudência a fim de evitar ou dificultar a condenação dos clientes ...

Mas convém desde logo registrar um paradoxo. Na prática, em mais de um caso, afigura-se menos importante, até certo ponto, a aplicação das normas garantísticas à atividade desenvolvida em juízo. O momento em que várias delas assumem especial relevo é o da investigação policial, mormente no que concerne a medidas de coerção sobre pessoas ou coisas. Sirva de exemplo o dever do agente policial, ao efetuar a prisão de um suspeito, de adverti-lo formalmente dos direitos que lhe assegura a doutrina consagrada pela Suprema Corte no célebre caso *Miranda v. Arizona*: o direito de permanecer calado, o de fazer-se defender por advogado, o de ter defensor pago pelo Estado na hipótese de carência de meios para contratar os serviços de profissional liberal⁽²⁾.

Estranho como pareça, não é difícil entender por que, no curso do processo propriamente dito, costuma sobrar menor espaço para a incidência de regras de garantia. O motivo está em que a trajetória do feito penal raramente percorre todas as etapas em tese previstas, até o julgamento (*trial*): estima-se em menos de 10% do total o número dos casos em que isso acontece⁽³⁾. A imensa maioria dos pleitos, como se explicará pouco adiante, extingue-se no nascedouro, graças ao mecanismo do *plea*, na primeira oportunidade em que o indiciado comparece ante o juiz. A bem dizer, só nos filmes policiais é que o processo penal norte-americano encontra seu ponto culminante na sessão de julgamento, com a carga de dramaticidade que tanto emociona as platéias⁽⁴⁾: a realidade quotidiana parece bem menos espetacular.

II – Parte especial

1. É intuitiva a impossibilidade de discorrer aqui extensamente sobre os múltiplos e complexos tópicos em que se desdobra o nosso tema. Decidido a concentrar minha atenção nos mais interessantes pelo ângulo comparativo, escolhi alguns a meu ver sobremodo característicos e praticamente relevantes. Um deles consiste na função do *plea*, outro na peculiaridade de certas regras probatórias, o terceiro no direito do acusado de abster-se de produzir prova contra si mesmo – o denominado *privilege against self-incrimination*. Acrescentarei duas ou três palavras sobre os papéis representados pelo juiz e pelas partes

⁽²⁾ Vide a especificação dos “*Miranda warnings*” em ISRAEL-LAFAVE, ob.cit., págs. 200 e segs.

⁽³⁾ De acordo com CARP-STIDHAM, *Judicial Process in América*, 2ª ed., Washington, 1993, pág. 165, no mínimo 90% de todos os processos penais nunca chegam ao *trial*. Dado mais recente, colhido em SAMAHA, *Criminal Procedure*, 4ª ed., Belmont, 1998, pág. 37: somente cerca de 2% a ele chegam.

⁽⁴⁾ Nos termos irônicos de VAN KESSEL, “*Adversary Excesses in the American Criminal Trial*”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 67 (1992), pág. 405, os julgamentos por júri “*often provide more entertainment than justice*”. Cf. o trecho da pág. 548: “*Yet the American trial does serve one purpose – it is terrific entertainment. Its dynamic, combative style is perfect for the visual media of television and the movies*” ...

no julgamento, notadamente com relação às provas.

No exame desses itens deixarei de lado possíveis diferenças entre os vários sistemas processuais coexistentes num país onde o funcionamento da Justiça federal e o das Justiças estaduais não seguem regras idênticas. Aqui não há mal maior em fazer abstração de semelhante aspecto: a problemática de maior importância coloca-se em plano eminentemente constitucional, e neste, superadas antigas controvérsias pela jurisprudência da Suprema Corte, é hoje pacífico que quase todas as garantias outorgadas pela Constituição aos litigantes vinculam os Estados não menos que a União⁽⁵⁾.

Denomina-se *plea* a declaração que faz o indiciado, no seu comparecimento inicial em juízo, acerca da acusação que se lhe move. Diversas são aí as possibilidades: ou ele se declara inocente ("*not guilty plea*"), ou culpado ("*guilty plea*"), ou ainda, se isso lhe é permitido, afirma não querer impugnar a acusação, embora sem reconhecer-se culpado ("*nolo contendere plea*")⁽⁶⁾. Nas duas últimas hipóteses, que para tal fim se equiparam, o processo extingue-se de imediato, com a imposição de pena; e, como os réus, em sua maioria, optam por declarar-se culpados, esse truncamento precoce do *iter* processual, repita-se, constitui o desenlace mais comum.

O predomínio do *guilty plea* deve-se, em máxima parte, ao êxito muito freqüente de uma negociação entre acusação e defesa, na qual o *prosecutor*, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração, ou de pleitear a aplicação de pena mais branda⁽⁷⁾. Semelhante procedimento, conhecido como *plea bargaining* tem sido alvo de duras críticas no mundo acadêmico e no político, por abrir ensejo a manobras escusas e a pressões odiosas sobre o acusado. Já houve quem lhe chamasse "um sórdido processo"⁽⁸⁾. Contra ele se argumenta, além do mais, que sacrifica o direito do réu de ser julgado por um júri e de não ser condenado senão quando se prove sua culpa, na expressão consagrada, "*beyond any reasonable doubt*". Não há sinais, porém, de que o *plea bargaining* venha a ser abandonado.

⁽⁵⁾ Sobre o processo evolutivo da "incorporação" do *Bill of Rights* ao direito estadual, vide ISRAEL-LAFAVE, ob. cit., págs. 10 e segs. Uma notícia resumida do *status quaestionis* em DEL CARMEN, *Criminal Procedure*, 3ª ed., Belmont, 1995, pág. 19.

⁽⁶⁾ Para uma exposição sintética, de clareza didática, vide DEL CARMEN, ob. cit., págs. 38 e segs. Resalte-se que o *nolo contendere plea* é admissível perante a Justiça federal e as de vários Estados (não de todos).

⁽⁷⁾ Sobre as diferentes modalidades de acordo, CARP-STIDHAM, ob. cit., págs. 166 e segs.

⁽⁸⁾ FRANKEL, *Partisan Justice*, Nova Iorque, 1980, pág. 90. No dizer de ROSCOE POUND, a prática do *plea bargaining* constituiria "a license to violate the law" (cit. por BODENHAMER, *Fair Trial - Rights of the Accused in American History*, Nova Iorque - Oxford, 1992, pág. 87). É tema recorrente na doutrina a discussão das supostas virtudes e defeitos do instituto, bem como a dos fatores que lhe estimulam a utilização: vide, entre tantos outros, BODENHAMER, ob. cit., págs. 85 e segs.; CARP-STIDHAM, ob. cit., págs. 165 e segs.; HALL, *Criminal Procedure and the Constitution*, Albany, 1997, págs. 200/1; INCIARDI, *Criminal Justice*, 6ª ed., Fort Worth, 1999, págs. 296 e segs.; VAN KESSEL, art. cit., págs. 477/8. Para a evolução histórica do instituto, ALSCHULER, "Plea Bargaining And Its History", in *Columbia Law Review*, vol. 79 (1979), págs. 1 e segs.

Vários fatores concorrem para explicar-lhe a vitalidade. Entra pelos olhos que ele atende a interesses poderosos. De um lado, o *prosecutor*, em geral provido no cargo mediante eleição popular, não raro faz do respectivo exercício trampolim para novas conquistas políticas, e precisa convencer o eleitorado de que desempenhou eficazmente sua função; excelente credencial nesse sentido será o alto número de condenações obtidas, o que a via consensual lhe proporciona com maior facilidade e segurança, sem os riscos e as delongas do julgamento por júri⁽⁹⁾. Por outro lado, os juízes criminais não podem deixar de ver com bons olhos um expediente que lhes reduz a carga de trabalho. O mesmo se dirá de advogados que se sentem mal preparados para enfrentar os ásperos embates do *trial* e preferem induzir os clientes a aceitar solução em seu entender menos perigosa. Há quem pense que, se todos os processos penais tivessem de chegar até o *trial*, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso. À vista de tudo isso, por mais chocante que possa soar, chega a ser compreensível a afirmação, contida em acórdão da Suprema Corte⁽¹⁰⁾, de que o *plea bargaining* é instrumento essencial ao funcionamento da Justiça penal nos Estados Unidos.

3. Passemos ao exame sumário de alguns problemas relevantes em matéria probatória. Característica perceptível desde logo por quem quer que observe, ainda que superficialmente, o ordenamento norte-americano é o papel nele desempenhado pelas regras que excluem a admissibilidade de certas provas (*exclusionary rules*). Elas assumem nos Estados Unidos importância bem maior do que em qualquer outro país do próprio mundo anglo-saxônico, para não falar de famílias jurídicas diferentes.

A matriz fundamental das *exclusionary rules* é a 4ª Emenda à Constituição norte-americana, que confere proteção contra buscas e apreensões arbitrárias ("*unreasonable searches and seizures*")⁽¹¹⁾. Reflete-se nessa norma o propósito de coibir eventuais abusos de agentes policiais ("*deterrence*"). Por isso mesmo, salvo casos especiais⁽¹²⁾, as regras de exclusão só valem no terreno penal, não em outras espécies de processos, e não se aplicam a atos realizados por particulares.

Prova colhida com violação de tais regras (*illegally obtained evidence*) em princípio não pode ser levada em conta no julgamento do réu⁽¹³⁾. Normal-

⁽⁹⁾ "*Elected prosecutors often face bitter contests in which their win-loss record becomes a campaign issue*" (VAN KESSEL, art. cit., pág. 442, nota 164). Cf. o que diz a esse respeito um atento observador italiano, FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul plea bargaining*, no vol. col. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, ed. Amodio e Bassiouni, Milão, 1998, pág. 284: "...l'interesse del prosecutor ad ottenere la condanna dell'imputato, anche se ad una pena minore di quella adeguata al reato commesso, è molto elevato: poiché molto spesso l'esercizio della funzione d'accusa è considerato un gradino per la scala a più prestigiose cariche politiche, il poter esibire dati statistici relativi ad alte percentuali di condanna costituisce un buon biglietto da visita agli occhi dell'elettorato".

⁽¹⁰⁾ *Santobello v. New York*, 1971 (404 U.S. 257, 261).

⁽¹¹⁾ Sobre a origem e a evolução histórica da jurisprudência da Suprema Corte na matéria, vide SALTZBURG - CAPRA - HANCOCK, *Basic Criminal Procedure*, St. Paul, 1994, págs. 343 e segs.

⁽¹²⁾ Algumas indicações em ISRAEL - LAFAVE, ob. cit., págs. 281 e segs.

⁽¹³⁾ Para uma crítica severa à tese, vide AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, New Haven - Londres, 1997, págs. 150 e segs. espec. 154/6.

mente, o próprio juiz encarrega-se de afastá-la antes do *trial*, mediante requerimento da defesa (*motion to suppress*). Não se trata, no entanto, de proibição absoluta: a jurisprudência da Suprema Corte registra hipóteses em que se admitiu prova ilegalmente obtida, com base na relação custo/benefício, isto é, por entender-se que o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova⁽¹⁴⁾.

Desdobramento interessante da questão é o atinente a elementos probatórios cuja obtenção, em si mesma, nenhuma regra infringiu, mas que apenas puderam ser descobertos em virtude de ato anterior (por exemplo, interceptação telefônica) ilegalmente praticado. Aqui, o fim dissuasório transparece com toda a nitidez. O que se quer, essencialmente, é evitar que a atividade de investigação ultrapasse os limites constitucionais; em outras palavras, que a polícia cometa excessos. Daí a preocupação de não premiá-los: os agentes incumbidos das diligências sabem que será inútil violar a lei, ainda que de maneira oblíqua, porque os resultados não terão valor em juízo. Para melhor justificar o expediente, talhou-se-lhe uma roupagem teórica, a doutrina dos chamados "frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*)": se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém.

Todavia, a consideração atenta dos inconvenientes práticos de uma aplicação inflexível da tese vem levando a jurisprudência a atenuar-lhe o rigor. Assim é que se têm admitido diversas exceções à regra⁽¹⁵⁾, permitindo que a prova seja tomada em conta: quando o agente policial procedeu de boa fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação; quando o tribunal se convence de que o elemento probatório seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*v.g.*, com o prosseguimento das buscas a polícia fatalmente localizaria o corpo da vítima, já indicado pelo réu em confissão inválida porque coacta); quando o vício de origem é "purgado" por subsequente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponte sua* declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*); quando se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (*independent source*). Em semelhantes hipóteses, não prevalece a *exclusionary rule*.

4. A 5ª Emenda à Constituição norte-americana confere ao réu o chamado *privilege against self-incrimination*, exonerando-o do fornecimento de material probatório que lhe seja desfavorável. Não se entende a franquia, contudo, em termos irrestritos. Muito ao contrário: cinge-se ela, em essência, ao interrogatório do suspeito pela polícia e ao do acusado em Juízo, nos casos em que vem a prestar depoimento oral.

É oportuno lembrar que, no direito norte-americano, o réu depoente assume a condição de testemunha e fica obrigado, como qualquer outra, ao

⁽¹⁴⁾ Assim, *v.g.*, em *Stone v. Powell*, 1971 (*apud* SALTZBURG - CAPRA - HANCOCK, *ob. cit.*, pág. 350). Cf. SAMAHA, *ob. cit.*, pág. 440.

⁽¹⁵⁾ Acerca do tema, *vide*, entre outros, ISRAEL - LAFAYE, *ob. cit.*, págs. 274 e segs., 288 e segs.; DEL CARMEN, *ob. cit.*, págs. 65 e segs.; SALTZBURG - CAPRA - HANCOCK, *ob. cit.*, págs. 363 e segs.; SAMAHA, *ob. cit.*, págs. 440 e segs.

juramento de veracidade (“to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth”). Considera-se que seria desumano impor ao réu porventura culpado a escolha entre confessar sua culpa, violentando o instinto de autopreservação, cometer perjúrio ou incorrer em *contempt of court*, por negar-se a responder. Tal a explicação que se dá, aí, para o *privilege against self-incrimination* ⁽¹⁶⁾.

Nessa ordem de idéias, tem-se reputado inaplicável a garantia às provas materiais ou “físicas”. Consoante os dizeres do texto constitucional, não é possível compelir o acusado a ser testemunha contra si mesmo (“a witness against himself”). Ora, raciocina-se, por “testemunha” só há que entender a pessoa do réu, enquanto deponha; logo, o que não faz parte do depoimento fica fora do âmbito da garantia. Assim é que, em linha de princípio, se admitem como provas, entre outras: armas em poder do acusado, produtos do furto, padrões de caligrafia, fragmentos de cabelos, amostras de voz, impressões digitais, fotografias, balas removidas do corpo, livros, papéis e documentos, reconhecimento por testemunhas convocadas a identificar o réu numa fila, testes destinados a medir o nível de álcool no sangue...⁽¹⁷⁾. Em vários casos, intuitivamente, torna-se necessária a colaboração do acusado: e, se ele a nega, sujeita-se a ver essa atitude interpretada em seu desfavor. Tem-se até decidido que a recusa justifica punição por desacato ao tribunal (*contempt of court*) ⁽¹⁸⁾.

5. O julgamento por júri é direito consagrado desde época remota no mundo anglo-saxônico. Na Inglaterra, em nossos dias, tal sistema está praticamente abandonado no campo civil⁽¹⁹⁾; já nos Estados Unidos, ele subsiste tanto nesse terreno quanto no penal⁽²⁰⁾, embora num e noutro seja pouco expressivo, na prática, o número de pleitos que chegam até a derradeira etapa do itinerário.

De qualquer modo, o *trial by jury* conserva importância por assim dizer simbólica, como emblema de um modelo de litigação bem característico, marcado pelo nítido predomínio da atividade das partes sobre a do juiz, especialmente no que diz respeito à instrução probatória⁽²¹⁾. Convém frisar que to-

⁽¹⁶⁾ SALTZBURG – CAPRA – HANCOCK, ob. cit., pág. 420, onde se alude a críticas segundo as quais, assim, só no julgamento é que se justificaria o *privilege*.

⁽¹⁷⁾ Vide em SAMAHA, ob. cit., pág. 344, a lista de provas incriminadoras não protegidas pela 5ª Emenda; e ainda DEL CARMEN, ob. cit., pág. 376: “The privilege against self-incrimination extends only to testimonial (or communicative) self-incrimination; it does not prohibit physical self-incrimination” (destaques do original). Em acórdão de 1988, no caso *Doe v. U.S.*, assentou a Suprema Corte que o *privilege* unicamente impede que se force o acusado a expressar “the contents of his mind” (apud ISRAEL – LAFAVE, ob. cit., pág. 236).

⁽¹⁸⁾ ISRAEL – LAFAVE, ob. cit., pág. 239; SALTZBURG – CAPRA – HANCOCK, ob. cit., pág. 432.

⁽¹⁹⁾ Ocioso documentar o asserto, notório como é o fato; em todo caso, para mencionar obra recentíssima, vide JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, pág. 29: “Today (...) the number of civil cases tried by jury is an extremely small proportion of the whole”.

⁽²⁰⁾ Conquanto a 6ª Emenda se refira a “all criminal persecutions”, tem-se entendido que o direito ao julgamento por júri não compreende as “petty offenses” – conceito a ser determinado em função da pena máxima cominada na espécie: vide ISRAEL – LAFAVE, ob. cit., pág. 433.

⁽²¹⁾ Nota típica do chamado *adversary system*, a cujo respeito é vasta a literatura. Entre os escritos mais recentes, mencionem-se por exemplo SAMAHA, ob. cit., págs. 8/9, e INCIARDI, ob. cit., pág. 99.

das as pessoas chamadas a concorrer com algum subsídio para a formação do convencimento do órgão julgador são tratadas como testemunhas. Isso se aplica, já foi dito, ao acusado, quando presta depoimento; e também, sendo o caso, a peritos, que não são designados pelo juiz, mas pela acusação e pela defesa, e aos quais se dá a denominação de *expert witnesses*. Nenhuma dessas pessoas, normalmente, é inquirida pelo juiz. Disso se incumbem o *prosecutor* e o advogado do réu; e o momento culminante consiste em regra na chamada *cross-examination*, em que o acusador ou o defensor reinquire a testemunha apresentada pelo adversário⁽²²⁾.

Semelhante procedimento, louvado por alguns como método eficaz para a revelação da verdade, tem sido alvo de críticas candentes por parte de muitos, no próprio universo anglo-saxônico⁽²³⁾. Alega-se que a maneira de conduzir a inquirição, de ambos os lados, é menos apta a lançar luz sobre os fatos do que a submeter a constrangimentos e humilhações os depoentes hostis, no afã de desacreditá-los aos olhos do júri. O que mais importa aqui, entretanto, é ressaltar a atitude em que geralmente se mantém o juiz. Desinformado até esse instante – sublinhe-se – de quaisquer elementos relativos à matéria litigiosa, ele quase sempre se limita a fiscalizar o andamento do ato e intervém na medida estritamente necessária para assegurar-lhe a regularidade: por exemplo, acolhendo ou rejeitando objeções que alguma das partes porventura formule a perguntas do adversário. Só não seria exato qualificar de inteiramente passivo o comportamento do juiz por causa do poder, que se lhe atribui, de impor as sanções cabíveis para o *contempt of court* a quem lhe desobedeça às determinações. Na busca da verdade, porém, ínfima é sua contribuição.

III - Influência do processo penal norte-americano

1. Conforme bem se compreende, a incontrastada hegemonia político-econômica dos Estados Unidos no mundo contemporâneo tem exercido *urbi et orbe* considerável força de atração. Raro é o povo – se algum existe – que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção. Até ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbem, de modo espontâneo ou sob a pressão de realidades concretas, à correnteza assimiladora.

Não é esta a ocasião mais propícia à valoração do fenômeno – a qual, para resistir à tentação do simplismo, exigiria reflexão mais demorada e cuidadosa. Vou cingir-me aqui ao registro de alguns dados relevantes no campo específico do processo penal, nomeadamente com referência aos tópicos até agora ventilados.

⁽²²⁾ Vide em SAMAHA, ob. cit., pág. 596, a suma do roteiro geralmente observado no *trial*.

⁽²³⁾ Para FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, 1973, pág. 85, o método norte-americano do *trial* equivale a "jogar pimenta nos olhos de um cirurgião enquanto está operando".

2. A Itália reformou em 1988 seu ordenamento processual penal; e um dos traços que distinguem do anterior o novo código decerto consiste no espaço aberto à consensualidade na solução de litígios penais. Discute-se no plano doutrinário a medida em que a reforma buscou inspiração nos Estados Unidos, e houve quem protestasse, no curso dos trabalhos, contra a suposição de que se estava a moldar um “*processo all’americana*”⁽²⁴⁾, mas é inegável que alguma influência dessa fonte se descobre na disciplina da “*applicazione della pena su richiesta*”, prevista nos arts. 444 e segs. do estatuto em vigor e conhecida pela denominação de *patteggiamento* ⁽²⁵⁾.

Sob formas variadas, a tendência à adoção de soluções consensuais também se manifesta hoje em outros países do continente europeu⁽²⁶⁾ e na América Latina⁽²⁷⁾. Acolheu-a o Brasil na Constituição de 1988, cujo art. 98, n° I, bem se sabe, consagrou a possibilidade, nos termos a serem definidos em lei, da transação nos pleitos concernentes a “*infrações penais de menor potencial ofensivo*”. Deixando de lado a suspensão condicional do processo, para cingir-me à figura a meu ver mais interessante neste contexto, reporto-me ao art. 76 da Lei n° 9.099, de 26.9.1995, que regulou a imposição da pena, desde que concorram certos pressupostos, mediante o consenso das partes – alvitre cujo âmbito se viu expandido por diplomas subseqüentes, como o Código de Trânsito Brasileiro baixado pela Lei n° 9.503, de 23.9.1997, e a chamada Lei dos Crimes Ambientais (n° 9.605, de 12.2.1998). De acordo com estudo criterioso, a que se procedeu em São Paulo, o sistema está produzindo bons resultados na esfera dos Juizados Especiais Criminais ⁽²⁸⁾.

Vale a pena salientar que nem na Itália, nem no Brasil, se chegou ao ponto de imitar o sistema norte-americano do *plea bargaining*. No que concerne à legislação brasileira, se quisermos buscar um símile mais adequado no ordenamento dos Estados Unidos, devemos identificá-lo no *nolo contendere*: com efeito, o acusado, ao concordar com a pena proposta pelo Ministério Público, nem

⁽²⁴⁾ AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, no vol. col. cit. em a nota 9, *supra*, pág. VII. Essé mesmo autor, porém, admite em mais de um passo a influência norte-americana na elaboração do novo código: *vide*, por exemplo, págs. IX, XLIV, XLV/VI, XLVIII, LIII.

⁽²⁵⁾ PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2ª ed., 2ª dúda, 1989, pág. 61, reconhece que o *patteggiamento* italiano “*si ricollega*” ao *plea bargaining*, apesar das diferenças que os separam.

⁽²⁶⁾ Alguns dados no vol. (ed. por Mireille Delmas-Marty) *Procédures pénales d’Europe*, Paris, 1995, págs. 565 e segs.

⁽²⁷⁾ Vide a esse respeito o relatório de DANIEL GONZALEZ ÁLVAREZ *La conciliación penal en Iberoamérica (La justicia penal consensual)*, para as XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual (Brasília, 1998), publicado no vol. *Temas atuais de Direito Processual Ibero-Americano*, Rio de Janeiro, 1998, págs. 405 e segs., espec. 419 e segs.

⁽²⁸⁾ ANTONIO SCARANCE FERNANDES – JACQUES DE CAMARGO PENTEADO – MARCO ANTONIO DE BARROS, “Reflexos da lei dos juizados especiais na justiça criminal paulista”, in *Rev. For.*, vol. 347, págs. 11 e segs.

por isso se reconhece culpado ⁽²⁹⁾, e sua apenação não produz qualquer dos efeitos que teriam a culpa como pressuposto lógico: não serve de título, por exemplo, à execução civil da sentença penal, destinada a ressarcir a vítima do dano causado pelo delito (Lei n° 9.099, art. 76, § 6°).

De elogiável prudência usou o legislador pátrio ao fixar o alcance da solução consensual. Menos comedido, ao que parece, mostrou-se o espanhol, que em reforma ainda recente alargou os lindes do instituto além da medida razoável. Permitam-me contar aqui, até para amenizar a aridez desta exposição, episódio curioso, ocorrido em Barcelona e relacionado justamente com a dilatação exagerada da área suscetível de ser coberta pelo consenso ⁽³⁰⁾. Em determinado processo, denunciado o réu por homicídio e pedida de início a imposição de pena de 30 anos, na sessão de julgamento, surpreendentemente, o órgão da acusação retratou-se e passou a pleitear a condenação do réu, com a óbvia concordância deste, a nada mais de 6 anos. O tribunal negou-se a placitar o que se lhe afigurou fruto de conchavo imoral. Mas o que marcou o episódio com mais força foi a reação dos parentes da vítima, presentes na assistência: indignados, levantaram-se de seus assentos e partiram na direção do acusador suspeito de ter-se vendido, o qual só a custo logrou escapar do desforço físico, fingindo do prédio pela porta dos fundos...

Alerta-nos o caso para o perigo da importação de práticas incompatíveis com o espírito do ordenamento receptor e com o sentimento geral da comunidade em cujo seio se destinam a vigorar. Cumpre ter em mente a lição, porque já há entre nós quem preconize a adoção do *plea bargaining*, como expediente a merecer introdução na prática de tribunal que se aconselha seja criado para conhecer de infrações relativas a drogas ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Nesse sentido, *v.g.*, ADA PELLEGRINI GRINOVER – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO – ANTONIO SCARANCE FERNANDES – LUIZ FLÁVIO GOMES, *Juizados Especiais Criminais*, S. Paulo, 1995, págs. 16, 190 e segs. (com referência direta à suspensão condicional do processo, mas em termos aplicáveis à transação do art. 76); ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *O consenso na justiça penal brasileira*, relatório para as XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no vol. col. cit., em a nota 27, *supra*, pág. 461; *id.*, *Processo penal constitucional*, S. Paulo, 1999, pág. 206; BARBOSA MOREIRA, *La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano*, comunicação às X Jornadas Uruguaias de Direito Processual (Colônia, 1999), no respectivo volume de memórias, Montevideu, 1999, pág. 148, e in *Ciencias penales* (revista da Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica), n° 17, pág. 53. Note-se que o quarto co-autor do primeiro livro citado adota posição diferente em *Suspensão condicional do processo penal*, S. Paulo, 2° ed., 1997, pág. 199.

⁽³⁰⁾ Devo ao querido amigo JOSÉ LUIS VÁSQUEZ SOTELO, ilustre professor da Universidade de Barcelona, a informação sobre o caso, com documentação ilustrativa de sua repercussão na imprensa. *Vide*, sobre a evolução do ordenamento espanhol na matéria, RODRÍGUEZ GARCIA, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997, págs. 77 e segs. A propósito do crescente prestígio da “*solución negociada del conflicto*”, fala HINOJOSA SEGOVIA, “*Un siglo de Derecho Procesal*”, in *Icade – Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 46, janeiro/abril de 1999, pág. 161, em “*privatização do processo penal*”, a seu ver uma das linhas-mestras da influência do sistema jurídico norte-americano na Espanha e noutros países.

⁽³¹⁾ É o que noticia o *Jornal do Brasil*, seção *Informe JB*, de 18.6.2000, com relação ao juiz Walter Maierovich, antigo titular da Secretaria Nacional Anti-Drogas.

3. O tema das provas ilicitamente obtidas ganhou entre nós candente atualidade com o advento da Constituição de 1988, cujo art. 5º, nº LVI, resolveu o problema em termos ao menos aparentemente categóricos, *verbis* "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A reputar-se absoluta a proibição, segundo entendimento rigoroso do dispositivo⁽³²⁾, teríamos lançado a barra mais longe que o paradigma norte-americano, já que nos Estados Unidos, como oportunamente se registrou, a jurisprudência submete a certas atenuações a *exclusionary rule* (supra, II, 3). Não haveria sequer lugar para a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade, que sugere um balanceamento dos valores em jogo na espécie a ser decidida⁽³³⁾.

Na verdade, a posição mais radical não chega a dominar sem contraste. Alguma flexibilidade acaba por ser admitida, quando nada para afastar a exclusão da prova ilícita onde porventura se pretenda utilizá-la em benefício do réu: aí deverá prevalecer a garantia constitucional da "ampla defesa" (art. 5º, nº LV)⁽³⁴⁾.

O texto da Constituição não estende a *exclusionary rule* às chamadas provas ilícitas "por derivação". Na doutrina e na jurisprudência, contudo, tem repercutido a tese norte-americana dos "*fruits of the poisonous tree*". Avalizou-a o Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, invariavelmente por votação não unânime⁽³⁵⁾; mas nem sempre se ateu a ela: repeliu-a, por exemplo, também por maioria de votos, no julgamento da Ação Penal nº 307, proposta contra o ex-Presidente Fernando Collor de Mello e outros⁽³⁶⁾.

Seja como for, é inegável a penetração, no ambiente jurídico nacional, de idéias norte-americanas acerca do tema. Dá testemunho disso o anteprojeto concernente a provas, elaborado pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal: na modificação proposta para o art. 157, o § 1º declara também inadmissíveis "as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras". Pretende-se consagrar assim, no plano da legislação ordinária, a tese dos "frutos da árvore venenosa", com restrições cuja origem não é difícil rastrear.

4. Ao *privilege against self-incrimination* corresponde, em nosso ordenamento constitucional, a garantia insculpida no art. 5º, nº LXIII, *verbis*: "O preso será

⁽³²⁾ Para o qual parece inclinar-se, por exemplo, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1997, págs. 105/6.

⁽³³⁾ Vide ao propósito BARBOSA MOREIRA, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1997, págs. 107 e segs., espec. 112 e segs. Adere em termos explícitos ao critério da proporcionalidade ANTONIO SCARANCA FERNANDES, *Proc. pen. const.*, cit., pág. 82.

⁽³⁴⁾ Consoante reconhece o próprio ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit., págs. 106/7. Cf., no mesmo sentido, LUIZ FLAVIO GOMES, in LUIZ FLAVIO GOMES - RAUL CERVINI, *Interceptação telefônica*, S. Paulo, 1997, págs. 147/8 (com outras indicações bibliográficas).

⁽³⁵⁾ Por exemplo: 16.11.1993, *Habeas Corpus* nº 69.912, in *Rev. For.*, vol. 332, pág. 381. Indica outros precedentes LUIZ FLAVIO GOMES, ob. cit., págs. 145/6.

⁽³⁶⁾ O acórdão está publicado, na íntegra, na *Rev. For.*, vol. 335, págs. 183 e segs. Vide, sobre o ponto, as págs. 185 e 367 (voto do Ministro Celso de Mello, que expressamente aplicava a tese).

informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". A disposição está a pique de repercutir no art. 186 do Código de Processo Penal, tal como soará se vingar o anteprojeto da Comissão de Reforma: passará o *caput*, com efeito, a determinar que o réu seja informado pelo juiz, antes de iniciar-se o interrogatório, do direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe sejam formuladas; e o parágrafo único acrescenta: "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz". Inverter-se-á desse modo a disciplina da matéria, em ponto capital, já que, segundo o texto de 1941, deveria o juiz, ao contrário, advertir o acusado de que, "embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa".

Importa notar que entre nós se vem dando à garantia extensão maior que no seu próprio berço. É o que sucede quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou o acusado *diz*. Sirvam de exemplo as impugnações que se têm levantado à utilização de aparelhos destinados a medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante⁽³⁷⁾. Como antes se mostrou (*supra*, II, 4), tal entendimento não acha apoio no direito norte-americano, nem pode portanto ser atribuído, *sic et simpliciter*, à sua influência.

5. Resta dizer algumas palavras sobre a posição do juiz e das partes na atividade processual e particularmente na instrutória. Ao propósito é comum discorrer em termos de uma contraposição entre "processo inquisitório" e "processo acusatório". Mas o uso dessas expressões não raro se envolve em densa névoa conceptual, que se estende a muitas das menções habitualmente feitas à relação entre "processo acusatório" e *adversary system*. Assim, *v.g.*, há quem, nos Estados Unidos, enxergue no *accusatory system*, entendido como aquele que põe o ônus da prova no órgão governamental, uma "*parte básica*" do *adversary system*, o qual, por sua vez, se inspira na idéia de que a competição entre as partes, ambas empenhadas em vencer, conduz ao triunfo da verdade ("*sporting theory of justice*")⁽³⁸⁾. Da exaltação do papel das partes à depreciação do reservado ao juiz o passo é curto. Em semelhante perspectiva, não surpreende que às vezes se invoque entre nós o princípio acusatório para negar que entre os poderes do magistrado haja de figurar o consistente em tomar iniciativas probatórias⁽³⁹⁾. Já outra opinião, de superlativa autoridade, estabelece distinção nítida entre "processo acusatório" e *adversary system*, à luz da qual se torna perfeitamente possível compatibilizar com o sistema acusatório a atribuição de

⁽³⁷⁾ Um exemplo: o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 8.9.1998, *Habeas Corpus* nº 77.135, as-sentou que não se pode constringer o acusado, sob cominação de pena de desobediência, a fornecer padrões gráficos do próprio punho.

⁽³⁸⁾ Assim SAMAHA, *ob. cit.*, págs. 7/8.

⁽³⁹⁾ É o que, *v.g.*, sustenta GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*, Rio de Janeiro, 1999, pág. 129.

poderes instrutórios ao órgão judicial, no curso do processo ⁽⁴⁰⁾.

É preferível que nos abstenhamos de confiar em terminologia tão vacilante, cujo emprego, não poucas vezes, antes confunde que esclarece. Registre-se, de passagem, a observação de autor italiano, para quem a palavra “acusatório”, nesse contexto, já se acha “estragada”⁽⁴¹⁾ pela equivocidade. Mais vale, pois, deixar de lado os rótulos e cuidar dos conteúdos.

Que se tem propagado a outros ordenamentos a tendência, de marca norte-americana, a depreciar o papel do juiz, em confronto com o das partes, pelo ângulo aqui focalizado, é fato que se impõe à atenção de qualquer observador. No Código de Processo Penal italiano de 1988, ilustram o asserto dois pontos característicos: a compressão em *numerus clausus* das iniciativas instrutórias do órgão judicial, que só está habilitado a tomá-las nas hipóteses indicadas na lei (art. 190.2), e a adoção do interrogatório cruzado das testemunhas, no *dibattimento*, por uma e por outra parte (art. 498). De resto, são bem claras as palavras com que eminente jurista peninsular apontou a diretriz fundamental da reforma de 1988, qual a de instaurar um modelo processual que reservasse papel menos ativo ao juiz e, correlatamente, maior espaço às partes ⁽⁴²⁾.

Estará a influência norte-americana por alcançar, aí também, o nosso país? Sem embargo de uma ou outra manifestação doutrinária, não se vêem sinais concretos de que nos preparemos para coarctar os poderes do juiz na instrução probatória, aliás em regra insuficientemente exercitados na prática. Talvez se depare no anteprojeto da Comissão sobre prova testemunhal ligeiro eco da disciplina da inquirição qual vigora nos Estados Unidos e atualmente, por imitação, na Itália. Refiro-me ao art. 212 do Código de Processo Penal: enquanto hoje em dia as perguntas das partes são formuladas por intermédio do órgão judicial, estabelece o texto proposto que elas o sejam “diretamente à testemunha”. Afigura-se oportuno, a meu ver, um acréscimo, tendente a deixar explícito que se faculta ao juiz, em seguida, formular ele próprio as perguntas que ainda entenda necessárias para o cabal esclarecimento dos fatos. Reconheço que semelhante ressalva não consta *expressis verbis* do vigente art. 212, mas trata-se de possibilidade tradicionalmente admitida, e é de todo aconselhável que continue a admitir-se – à semelhança, aliás, do que na Itália dispõe o art. 506, 2ª alínea, do vigente *codice di procedura penale*. O acréscimo aqui sugerido eliminaria qualquer suspeita de que se tenha a intenção de reduzir o juiz, nesse momento importante da atividade instrutória, a um “convidado de pedra”.

⁽⁴⁰⁾ Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual, agora in *A marcha do processo*, Rio de Janeiro, 2000, págs. 77 e segs.

⁽⁴¹⁾ No original, *logora*: FERRUÀ, *Studi sul processo penale*, vol. II, Turim, 1992, pág. 187. Note-se que a crítica à denominação não impede o autor de ser entusiasta do modelo.

⁽⁴²⁾ Assim, AMODIO, no vol. col. cit. em a nota 9, *supra*, pág. XXV.

^(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.