

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TESE DE DOUTORADO.**

**CONTRASTES E CONFRONTOS:
A Presunção de Inocência e as Garantias do Processo Penal em
Perspectiva Comparada.**

MARCO AURÉLIO GONÇALVES FERREIRA.

Rio de Janeiro.

2009.

MARCO AURÉLIO GONÇALVES FERREIRA

**CONTRASTES E CONFRONTOS:
A Presunção de Inocência e as Garantias do Processo Penal em
Perspectiva Comparada.**

**Tese de doutorado apresentada à Universidade
Gama Filho como pré-requisito para obtenção
do título de Doutor em Direito, na área de
concentração Direito, Estado e Cidadania.**

Orientador:

Prof. Dr. Roberto Kant de Lima

Rio de Janeiro.

2009.

Aos meus pais Roberto e Edth, por me ensinar que na vida, apesar de todas as dificuldades, desistir nunca é uma opção. Às minhas irmãs Cláudia e Fernanda pelo apoio incondicional..

À Denise pela compreensão nos momentos de ausência, pelo carinho, amor e por sempre acreditar.

AGRADECIMENTOS.

O presente trabalho não seria possível sem o apoio e a ajuda de pessoas muito importantes.

Agradeço, pois

A minha família e a minha noiva, que são à base de tudo.

Ao professor Roberto Kant de Lima pelas preciosas orientações e o estímulo intelectual constante ao longo desses anos.

A professora Maria Stella Amorim pelo imenso apoio, carinho e a amizade que ultrapassou as relações profissionais e que me permitiram seguir em frente.

A professora Regina Lúcia pela imprescindível dedicação e amizade, que se acentuou em nossas prolongadas discussões e conversas sobre o trabalho e por sua incansável revisão “pontual” do texto.

Aos alunos de graduação do grupo de pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da UCP.

Aos professores Fernanda Duarte, Maria Stella de Amorim e Roberto Kant de Lima pela leitura atenta e as observações percucientes no exame de qualificação.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa coordenado pela Profa. Maria Stella de Amorim e pelo Prof. Roberto Kant de Lima no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho: Bárbara Lupetti, Rafael Iório, Claudia Franco, Regina Lúcia e demais alunos de graduação membros do grupo, por terem acompanhado e contribuído, cada um a sua maneira, nas discussões do grupo sobre este trabalho.

Ao Professor Daniel dos Santos por sua grande gentileza e amizade que não caberiam nestas linhas e pela afetuosa acolhida no Canadá e pelas reflexões durante as caminhadas no gelado inverno canadense, aquecidas por sua história de vida e o seu ideal de um direito fora do Estado.

A My, esposa do Daniel, pela acolhida fraterna e nossas conversas às vezes esclarecedoras outras vezes divertidas.

Ao amigo João Veloso pelo apoio e as imprescindíveis dicas de “sobrevivência” no Canadá.

A Marie-Eve Sylvestre por ter me possibilitado a vivência na pós-graduação em direito na Universidade de Ottawa, como ouvinte em seu curso.

Aos advogados do Ministério de Justiça do Canadá Pierre-Gilles Belanger e Karen Markham, pela paciência em dissolver minhas dúvidas, mesmo quando já me encontrava no Brasil.

Aos brasileiros no Canadá, Tina Brito, Risan, Carmélia, Caio, Thomas, Victor, Julia, Mariana Raupp, Mariana Possas e demais amigos da “Roda de Samba” que permitiram não me distanciar do Brasil, mesmo quando estava fisicamente distante.

A professora Fátima Trancoso pela boa vontade e disponibilidade nas aulas de inglês.

Ao amigo Peter Welper pela paciência nas traduções para o alemão, sempre solicitadas as pressas e de forma inesperada.

Aos coordenadores do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Petrópolis, professor Klever Filpo e a professora Adriana Sheremetieff, pela compreensão nos momentos que precisei me ausentar.

Ao amigo Cleber Francisco Alves pelo apoio no contato com algumas pessoas do Ministério da Justiça no Canadá.

Ao vice-reitor da Universidade Católica de Petrópolis, padre José Maria, pela ajuda mesmo nos momentos difíceis da instituição.

Aos professores Roberto Kant de Lima, Sofia Tiscornia e Maria Stella Amorim, que em razão destes pude desfrutar da bolsa de doutorado sanduíche, concedida no âmbito do Programa de Centros Associados de Programas de Pós-graduação entre Brasil e Argentina (CAPG-BA 21/05, 2006-2009)

Aos professores Roberto Kant de Lima, Maria Stella Amorim e Professor Daniel dos Santos por tornar possível a pesquisa no Canadá por intermédio do programa de intercâmbio *Graduate Students Exchange Program (GSEP)* do *Bureau canadien de l'éducation internationale*.

A Julita Palka, coordenadora do *Bureau canadien de l'éducation internationale*, pela oportunidade impar de ter estudado no Canadá.

Aos demais amigos e colegas que de certa forma contribuíram para a realização deste trabalho.

*O erro não se torna verdade por se difundir e multiplicar facilmente. Do mesmo modo a verdade não se torna erro pelo fato de ninguém a ver.
(Mahatma Gandhi)*

RESUMO.

A tese toma os discursos do campo jurídico como objeto empírico e, a partir do método comparativo empregado na perspectiva contrastiva da Antropologia Social, analisa selecionadas garantias do processo penal, vinculadas á presunção da inocência, nos EUA, Canadá e Brasil. Para os modelos jurídico-políticos de Estado estudados, as garantias processuais são institucionalizadas como símbolos da democracia. No entanto, a concretização de tais elementos, no direito brasileiro, apresenta-se com forma e conteúdo simbólico muito distinto dos outros países trazidos como referência comparativa. Para a tradição jurídica anglo-americana as garantias processuais revestem-se de disponibilidade para o cidadão, enquanto que no direito brasileiro tais direitos são indisponíveis. Assim, enquanto que na tradição jurídica brasileira o processo pertence ao Estado, na tradição jurídica anglo-americana o processo e suas garantias pertencem ao cidadão, o que demonstra que em culturas jurídicas diferentes o mesmo princípio nominal da presunção da inocência toma aspectos e representações diversas, causando, conseqüentemente, uma representação e concretização diferente dos direitos fundamentais, em cada caso.

Palavras chave: presunção da inocência em perspectiva comparada – Brasil, EUA e Canadá; garantias processuais – Brasil, EUA e Canadá; direitos fundamentais – método comparativo; processo penal comparado; antropologia jurídica;

ABSTRACT.

The thesis takes the legal discourse as an empirical object and, from the comparative method employed from the contrastive perspective of Social Anthropology; it examines selected safeguards of criminal procedure, related to presumption of innocence in the U.S., in Canada and in Brazil. For the legal-political model of state studied, the procedural safeguards are institutionalized as symbols of democracy. However, the realization of such elements, under the Brazilian law, has both form and symbolic content very different from the countries brought herein as comparative reference. For the Anglo-American legal tradition, procedural safeguards are available to the public, while under the Brazilian law they are unavailable. Thus, while under the Brazilian legal tradition the process belongs to the State, in the Anglo-American legal tradition the guarantees of process belong to the citizens, which shows that in different legal cultures with the same principle namely that of presumption of innocence takes different aspects and representations causing consequently, a different representation and realization of fundamental rights, in each case.

Keywords: presumption of innocence in comparative perspective – Brazil, the U.S. and Canada; procedural guarantees - Brazil, the U.S. and Canada; fundamental rights - comparative method, comparative criminal procedure, legal anthropology;

ZUSAMMENFASSUNG.

Die Habilitationsschrift erkennt den juristischen Diskurs als erfahrungsgemässen Gegenstand und analysiert, ausgehend von der vergleichenden Methode für die gegensätzlichen Perspektive der Sozialanthropologie, ausgewählte Garantien des Strafprozesses in Verbindung mit der Unschuldsvermutung in den USA, Kanada und Brasilien. Für die untersuchten rechtspolitischen Staatsmodelle sind die den Prozess betreffenden Garantien institutionalisiert als Symbol der Demokratie. Aber die Veranschaulichung dieser Grundbestandteile im brasilianischen Recht unterscheidet sich in Form und symbolischem Inhalt beträchtlich von der zum Vergleich herangezogenen anderer Ländern. In der anglo-amerikanischen Rechtstradition zeichnen sich die gerichtlichen Garantien in der Verfügbarkeit für den Staatsbürger aus, während im brasilianischen Recht solche Rechte nicht verfügbar sind. Während solchermaßen in der juristischen Tradition Brasiliens der Prozess dem Staat zusteht sind in der anglo-amerikanischen Rechtstradition der Prozess und seine Garantien Sache des Staatsbürgers, was zeigt, dass in unterschiedlichen juristischen Kulturen das gleiche nominale Prinzip der Unschuldsvermutung verschiedene Ansichten vertritt, und in der Folge unterschiedliche Darstellungen und Veranschaulichungen der Grundrechte in jedem einzelnen Fall bewirkt.

Schlüsselbegriffe: Unschuldsvermutung in vergleichender Perspektive - Brasilien, USA und Kanada; Gerichtliche Garantien - Brasilien, USA und Kanada; Grundgesetze - vergleichende Methode; Vergleichender Strafprozess; Rechtsanthropologie.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - OPÇÃO METODOLÓGICA: DIREITO COMPARADO OU MÉTODO COMPARATIVO?	27.
1.1 A hermenêutica filosófica e a compreensão do outro.....	27
1.2 Algumas referências do método aplicado ao Direito Comparado.....	40
1.3 Algumas referências do método aplicado pelas Ciências Sociais.....	45
CAPÍTULO II - SISTEMAS JURÍDICOS E A PRODUÇÃO DA VERDADE	53
2.1 Uma revisão dos antecedentes históricos.....	53
2.2 A construção da verdade jurídica processual a partir dos padrões de prova no direito anglo-saxão.....	59
2.3 Alguns aspectos que orientam a sistemática do direito anglo saxão do EUA e Canadá.....	62
2.4 Alguns aspectos que orientam a sistemática do direito brasileiro.....	66
2.5 Traços de distinção do Sistema Criminal Brasileiro e do sistema Anglo- americano.....	68
CAPÍTULO III - <i>BEYOND REASONABLE DOUBT</i> E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	72
3.1 Contextualização da presunção da inocência na tradição anglo-saxônica..	72
3.2 A presunção de inocência no direito brasileiro.....	76
3.3 Análise da lógica que orienta o processo penal brasileiro.....	81

	22
3.3.1A lógica do princípio da Verdade Real.....	81
3.3.2 Limitação pela Motivação.....	85
3.4 Análise do princípio da imparcialidade do juiz a partir de sua lógica estruturante.....	89
3.5 Análise do princípio da igualdade a partir de sua lógica estruturante.....	91
3.6 Análise do princípio da publicidade a partir de sua lógica.....	101
3.7 Análise do princípio do contraditório.....	109
CAPÍTULO IV - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCENCIA.....	117
CAPÍTULO V - BASES DO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i> ANGLO - AMERICANA.....	123
5.1 Bases procedimentais da administração da justiça criminal dos Estados Unidos.....	123
5.2 Bases procedimentais da administração da justiça criminal do Canadá...132	
5.2.1. O ritual do júri no Canadá: uma descrição.....	149
CAPITULO VI - AS PROVAS NO PROCESSO EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	158
6.1 Análise do conceito de Prova em uma perspectiva comparada.....	158
6.2 Análise da prova e seu objeto.....	170
6.3 Análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro.....	175
CAPÍTULO VII - O DIREITO DE PERMANECER CALADO E A VEDAÇÃO À AUTO - INCRIMINAÇÃO.....	184
7.1 A Confissão e a garantia da vedação auto-incriminação.....	198

CAPITULO VIII - A ADMISSIBILIDADE DA PROVA E DA EVIDÊNCIA.	205
8.1 A evidência no direito algo – saxão.....	205.
8.2 Evidência direta e evidência circunstancial no direito anglo-saxão norte americano.....	206
8.3 Regras que regulam a exclusão das provas em matéria criminal.....	219
8.4 A lógica da proibição das provas ilícitas.....	225
CAPITULO IX - <i>CROSS-EXAMINATION</i> E A PERGUNTA DIRETA A TESTEMUNHA.	238
CONCLUSÃO	252
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	527

INTRODUÇÃO.

A presente pesquisa visa empreender, através do método antropológico comparativo, uma análise sobre as categorias e representações dos modelos de “*dever ser*” do Brasil, EUA e Canadá, incidindo nos processos de construção da verdade jurídica e seus desdobramentos em relação às garantias processuais no processo penal.

O estudo comparado da cultura jurídica brasileira aqui desenvolvido é um exercício para despertar o estranhamento em relação ao que ela diz sobre si mesma, a partir das representações que profundamente impregnam a compreensão que os juristas têm de seu próprio sistema.¹ A análise que a seguir faremos, a partir dos dados levantados em trabalho de campo e em textos legais e jurídicos dos Estados Unidos e do Canadá, sobre a presunção da inocência e as garantias processuais, busca o afastamento da perspectiva do campo dogmático, que se exterioriza nas crenças, atitudes, raciocínios, percepções, hábitos e valores explícitos, comuns aos membros do grupo de profissionais do direito.² Assim, inclinamo-nos para o enfoque da observação comparativa entre culturas jurídicas, pois a coerência de um instituto jurídico, assim como um hábito, somente pode ser analisando a partir do conjunto de valores que informam sua cultura.³

Traço significativo do fenômeno da cultura encontra-se no fato desta atuar sempre de forma inconsciente no indivíduo que a ela pertencente, e em razão deste atuar inconsciente é que, justamente, torna-se difícil sua delimitação,⁴ pois aqueles que a compartilham não a estranham e não sentem necessidade de falarem sobre coisas que, em sua percepção individual, lhes são naturais.

Segundo GEERTZ, o direito é um artesanato local que funciona á luz do saber local⁵, portanto está diretamente ligado à cultura local, conseqüentemente, tem suas

¹ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 6

² GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 13

³ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro.2003, pg 87

⁴ GEERTZ, Glifford, *A interpretação das Culturas*. Editora LCT - Rio de Janeiro:2008, p 4

⁵ GEERTZ, Glifford *O saber Local*, Petrópolis: ed. Vozes. 1999, p. 249

próprias referências e lógicas.⁶ À característica dessa *sensibilidade jurídica* apontada por Geertz, agrega-se, nas sociedades letradas, a constituição de um “campo jurídico”⁷ que organiza e orienta as instituições de ensino jurídico e as instituições judiciárias - onde se formam, intelectualmente, e são treinados, praticamente, os juízes, promotores, procuradores, advogados e demais operadores pragmáticos do sistema - e que são responsáveis pela consagração, produção e reprodução do campo e desta cultura.⁸

Durante a realização da pesquisa para a dissertação de mestrado⁹ demonstramos, através da análise comparativa entre a garantia do *devido processo legal* e a garantia do *due process of law*, que, equivocadamente, tais institutos são colocados lado a lado por alguns autores brasileiros, sendo identificados como institutos similares oriundos da mesma tradição jurídica, quando constatamos que os referidos institutos mais se afastam do que se aproximam, em razão da sua construção histórica e do conjunto de valores que os informam. Um dos aspectos importantes percebidos naquela ocasião foi a possibilidade de compreender e de aprofundar os reais fatores que apartam a concepção filosófico-política norteadora da construção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da concepção que ainda fundamenta os subsistemas processuais nacionais, a exemplo do que ocorre com o direito processual penal brasileiro.

O mestrado despertou-me o interesse em aprofundar a investigação sobre as garantias processuais e sua relação com a produção da verdade em uma perspectiva comparada. Naquela investigação pude perceber como é freqüente na doutrina brasileira, através de autores representativos do campo jurídico, a busca pela

⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2003, pg 87

⁷ Para Bourdieu o campo intelectual constitui um sistema de linhas de forças no qual o agentes que o compõe são como forças que se dispõem ou contrapõem conferindo-lhe uma estrutura específica. Cada agente possui uma posição particular nesse campo. Assim, o campo intelectual é o espaço escolado, que faz parte do campo cultural, mas que possui uma certa autonomia. BOURDIEU, Pierre. Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, Jean. Problemas do estruturalismo. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p 105-106. Para o mesmo sociólogo o campo jurídico se define a partir de disposições socialmente constituídas que gera um conjunto de práticas pertencentes a um determinado grupo de agentes. O sociólogo afirma o campo jurídico é o “lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica” BOURDIEU, Pierre A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p, 212.

⁸ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva. 2007, p. 117.

⁹ A referida dissertação de mestrado foi publicada como FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um estudo comparado* ed. Rio de Janeiro. Lúmen júris 2004.

aproximação axiomática de seus discursos a institutos democráticos existentes em outros sistemas jurídicos, oriundo de tradições jurídicas diferentes.

Com a justificativa de construir um sistema jurídico democrático, o direito brasileiro busca a importação de institutos jurídicos estrangeiros, derivados de outros países democráticos, o que não deixa de causar estranheza, pois explicita uma aparente incapacidade de produzi-los autonomamente. Tal fato produz uma difícil concretização das garantias transladadas, gerando mal entendidos e distorções quando de sua aplicação quando, não raro, passam a possuir práticas e representações opostas àquelas do instituto copiado. Ao mesmo tempo, provoca a identificação dos institutos sobrepostos, como se fossem possuidores da mesma tradição jurídica e memória democrática.

Ora, a prestação jurisdicional, nos países democráticos, se insere como parte integrante dos direitos civis do cidadão. Assim, na tradição anglo-americana, o processo judicial representa um instrumento de garantia dos indivíduos contra o poder do Estado, evitando abusos e assegurando o exercício da democracia. Ele reflete elementos de exteriorização dos valores democráticos dos Estados dispostos no presente estudo. Portanto, a compreensão das representações simbólicas das garantias processuais é relevante para se alcançar o significado de justiça através dos direitos nelas concretizados.

A opção democrática também impõe formas procedimentais de construção da verdade que assegurem a manutenção constante das garantias processuais fundamentais. Fato verificável na lógica procedimental do direito anglo-americano, mas de difícil constatação no sistema jurídico brasileiro.

O campo do *dever ser*, no direito, representa o arcabouço hipotético no qual os objetivos explicitam o conteúdo finalístico a ser perseguido pelas instâncias jurídicas na concretização de um ideário de justiça. Por representar a base axiomática a partir da qual se constroem as normas, as formas do *dever ser* se tornam o principal objeto deste trabalho que, no direito brasileiro, se expressam na doutrina e na lei, e no direito anglo-americano, na jurisprudência e em sua sistematização pelos juristas.

Considerando o direito como um campo produtor de verdades no espaço público, a presente pesquisa investigou as lógicas que orientam a produção da verdade

judicial e a incidência de algumas garantias processuais, tomadas pelos sistemas em comparação como representativas de um processo democrático e justo.

A opção pela seleção proposta para comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil, EUA e Canadá se deu em razão de alguns aspectos que permeiam as referidas nações, mas que se contextualizam de forma distinta.

No plano político, o Brasil se apresenta como uma república, assim como os EUA, enquanto que o Canadá é uma monarquia contitucionalista. Todavia, na passagem do Brasil Império para a República as formas do processo penal se mantiveram com a mesma estrutura e lógica do período imperial.¹⁰ Tal fato produziu, no Brasil, uma incompatibilidade entre os institutos jurídicos que deveriam, em tese, ser regidos por uma nova ordem política e social. Entretanto, ao contrário do que ocorre no Brasil, na passagem da Monarquia à República, o sistema político monárquico no Canadá, fruto de outras tradições jurídicas, não inviabiliza a concretização da vertente democrática de suas instituições processuais.

No plano do sistema jurídico criminal, a tradição anglo-americana dos EUA e do Canadá aplicam ao processo penal a tradição da *Common law* e o Brasil utiliza o sistema codificado nos moldes da tradição da *Civil Law*. Todavia, o Canadá insere no seu direito criminal, diferentemente do EUA, um elemento próprio da tradição da *Civil Law*, representada na existência de um código criminal (*Criminal Code* ou *Code criminel*). Tal fato não produz incompatibilidades em seu sistema, em razão da opção processual fundada exclusivamente no modelo da *Common law*.

O Brasil adota um sistema codificado que regula o procedimento criminal, ao mesmo tempo em que freqüentemente importa para o seu direito institutos processuais da tradição jurídica anglo-americana. Portanto, importante se mostra a compreensão das incompatibilidades quando na confluência de lógicas antagônicas da construção da verdade processual e sua relação com as garantias processuais.

A produção e admissão da prova no processo brasileiro orientam-se pelo princípio proveniente do sistema inquisitorial, da “verdade real”. Este modelo busca, a

¹⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p. 220.

todo custo, obter uma verdade absoluta sobre os fatos ocorridos, e a partir de então, alcançar um indivíduo a quem possa ser-lhe imputada à culpa¹¹.

Durante a pesquisa realizada no Canadá causou-me grande estranhamento perceber que, contrariamente ao direito brasileiro, no modelo adversário anglo-americano, a lógica que rege a produção da prova é a da verdade consensual. Deve haver consenso entre as partes sobre o que será considerado prova (*evidence, proof*) e se esses elementos farão, ou não, parte do procedimento. A consensualização apresenta-se como importante ponto de partida comum para a argumentação. Com efeito, o objeto do dissenso recairá sobre a *credibilidade* das provas, por conseguinte, os graus de certeza construídos pela argumentação é que determinarão o resultado da demanda. O padrão de prova exigido à acusação (*beyond reasonable doubt*) é justificado pelo sistema anglo-americano como essencial para a manutenção da presunção de inocência.

Neste sistema me chamou atenção o fato de que o processo se instaura sob a presunção de não culpabilidade (*presumption of innocence*) não havendo uma busca da “verdade real” (*beyond any doubt*), mas sim uma verdade construída pelas partes,¹² através do consenso mútuo sobre o que será objeto de dissenso.

Portanto, não se concebe neste modelo a expressão usualmente utilizada no direito brasileiro: “de apurar a verdade dos fatos”, pois, em sendo fatos, logicamente há um consenso de que sejam verdadeiros. Em razão de o sobredito modelo ser igualitário e universalista, busca-se conhecer não um culpado, mas sim a quem cabe a responsabilidade pela falta ou delito cometido¹³.

Assim, a verdade será construída pelas partes e a decisão não poderá alcançar elementos externos aos contidos no processo, sob a alegação de que se deve apurar a “verdade real” ou a “verdade dos fatos”. A construção e admissão dos elementos que irão compor o processo, neste sistema, segue uma gama de regras claras a respeito da

¹¹ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa? Uma Discussão Sobre Alguns Reflexos Da Ambigüidade De Nossos Modelos de Controle Social e Produção da Verdade na Administração da Burocracia Oficial Brasileira. In Ensaios de Antropologia e de Direito. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

¹² KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público. In Ensaios de Antropologia e de Direito. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 161-198.

¹³ KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público. In Ensaios de Antropologia e de Direito. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 161-198.

admissibilidade de provas no procedimento que são as chamadas regras de exclusão, ou *exclusionary rules* (*Federal rules of evidence* nos EUA e *Evidence act* no Canadá).¹⁴

A partir dessa constatação pude perceber que, no direito brasileiro, não há padrões de prova distintos para acusação e a defesa. Por não ser compreendido como um direito individual do cidadão, não há disposição das partes sobre o processo, o que pode ser observado na dificuldade de atualização do instituto da transação penal, introduzido em nosso ordenamento. Tampouco existe consenso sobre as provas a serem acolhidas no procedimento judicial. Admite-se uma larga possibilidade da introdução de diversos elementos, devendo o juiz, através do seu livre convencimento, selecionar o que será considerado como prova e o que não será admitido como fundamentação à decisão, podendo, inclusive, buscar a verdade mesmo quando os fatos forem incontroversos.¹⁵

Ao me deparar com a lógica do direito anglo-americano e as enormes disparidades em relação ao direito brasileiro, o qual se fundamenta na busca da verdade real, no processo como pertencente ao Estado, na ausência de regras de exclusão, na inexistência de padrões de prova, na representação invertida da presunção de inocência, na ausência da compreensão do processo judicial como parte dos direitos individuais, decidi empreender uma análise comparativa a partir do conteúdo simbólico da categoria *presunção de inocência* e sua incidência nas garantias processuais no sistema de construção da verdade jurídica, no processo penal brasileiro e no sistema de administração da justiça criminal anglo-americana dos EUA e do Canadá. Para tanto, a pesquisa debruçou-se sobre os principais institutos relacionados à produção da verdade no direito anglo-americano, que são: *due process of law*, *presumption of innocence*, *beyond reasonable doubt*, *self incrimination*, *illicit evidence* e *cross examination*. Tais institutos são utilizados como paradigma no direito brasileiro, para a construção das garantias fundamentais do devido processo legal, a saber: presunção de inocência, vedação à obtenção das provas obtidas por meios ilícitos, a vedação à auto-incriminação e, mais recentemente, a possibilidade da pergunta direta pelos advogados às testemunhas. Entretanto, tais institutos do direito anglo-saxão são permeados, em sua

¹⁴ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 255

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 7, número 27, jul-set/99, pp. 79.

estrutura, pela presunção de inocência e pela conseqüente disponibilidade da garantia processual, o que não coincide com a tradição do direito processual brasileiro, ancorada na busca da verdade real e na indisponibilidade do processo. Assim, a referida comparação empreendida encerra grande relevância para uma compreensão mais aguda das instituições jurídicas nacionais.

Não pretendeu a presente pesquisa mostrar que o significado da cultura jurídica de um destes países é mais importante para acusados e acusadores do que o significado da outra, visto que certamente haverá, em ambos os sistemas, contextos mais favoráveis aos acusados e outros mais favoráveis aos acusadores. O objetivo deste trabalho é apontar elementos que contribuam para esclarecer a falsa filiação atribuída a institutos e a procedimentos que, a despeito de levarem o mesmo nome, envolvem diferenças acentuadas, geralmente esquecidas em manuais sobre o assunto. Ao proceder assim, tais manuais, longe de esclarecer seus leitores, os levam a elaborar mal entendidos, quase sempre reproduzidos mecanicamente e sem a elaboração intelectual requerida pelo pensamento acadêmico.

Segundo estudiosos, há na sociedade brasileira uma espécie de paradoxo que pode ser visualizado com presença de elementos do modelo de sociedade tradicional hierárquica e ao mesmo tempo de elementos do modelo de sociedade igualitária universalista¹⁶. DaMATTA chama atenção para do fato de que “*numa sociedade voltada para tudo que é universal e cordial, descobrimos o particular e o hierarquizado*”¹⁷. O paradoxo reside no fato de que há no Brasil a existência de elementos igualitários e ao mesmo tempo hierárquicos, que não poderiam ocupar o mesmo espaço público por completa incompatibilidade entre ambos, mas que ocupam.

18 .

O direito brasileiro reflete com fidelidade esse paradoxo, por vez, facilmente percebido no conflito entre as instituições constitucionais, referendadas pelo ideário liberal democrático, igualitário e universalista; e as normas infraconstitucionais,

¹⁶ DUMONT, Louis. *Homo Aequalis*. São Paulo, Editora EDUSC, 2000. p 14.

¹⁷ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis*: Zahar. Rio de Janeiro. 2006, pg 143

¹⁸ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa? Uma Discussão Sobre Alguns Reflexos Da Ambigüidade De Nossos Modelos de Controle Social e Produção da Verdade na Administração da Burocracia Oficial Brasileira. In *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289

mormente as instituições processuais, tanto cíveis quanto penais, lastreadas pela ideologia conservadora e hierárquica da sociedade.¹⁹

Na dimensão de uma análise do campo jurídico brasileiro, constata-se na sensibilidade jurídica local a manifestação de similar paradoxo quando na acomodação das garantias individuais em um devido processo legal que privilegia o interesse público, definido como estatal, sobre o individual, do cidadão.

A investigação ora realizada me surpreendeu ao perceber que a busca da verdade real e os atos instrutórios do magistrado mostraram-se incompatíveis com a presunção de inocência das pessoas acusadas, garantia positivada no texto constitucional. A ausência, no processo brasileiro, de padrões de prova explicitados, bem como a prevalência da *inquirição* e do *interrogatório* como forma de avaliação das testemunhas, apresentaram-se como conflitantes com o esquema de pergunta direta feita pelos advogados, próprio do modelo de *exame* da *common law*. O dogma da verdade real é incompatível com a limitação à obtenção das provas por meios ilícitos. São contrastes sintomáticos da dissonância das próprias concepções de justiça que orientam cada tradição jurídica. Enquanto para a tradição jurídica brasileira a concepção de justiça está associada ao alcance de uma verdade real, a tradição anglo-americana associa à idéia de justiça a efetivação das garantias dos direitos das pessoas acusadas.

Esse paradoxo produz uma antinomia que denota a presença de contradições insuperáveis no sistema jurídico brasileiro, que podem ser conhecidas quando dispomos concomitantemente de instrumentos externos à produção jurídica brasileira atual, o que impõe a necessidade de traçar um paralelo interdisciplinar com outras ciências, principalmente as ciências sociais, tais como a sociologia, a antropologia, a história e a ciência política.

O sistema jurídico brasileiro, ao contrário de outros sistemas jurídicos constitucionais, como o sistema estadunidense e canadense, firma o seu atuar na compensação, pelo processo judicial, das desigualdades próprias do mercado. Assim o faz por meio da tutela dos direitos dos cidadãos. Conseqüente e concomitante à idéia de proteção, que se relaciona com idéia de defesa do interesse público, está a supressão da

¹⁹ Neste sentido ver TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Igualdade à brasileira* in AMORIM, Stella, KANT DE LIMA, Roberto. TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Ensaio sobre a igualdade jurídica: Um estudo sobre o acesso a justiça criminal e direito a cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2005. p 01-33.

liberdade do exercício dos direitos individuais fundamentais dos cidadãos. A doutrina brasileira é unânime em considerar os direitos fundamentais como prerrogativas indisponíveis ao cidadão, nos quais se inclui o direito ao processo.

Essa perspectiva, própria do modelo de *devido processo legal* brasileiro, que inclui como garantia o contraditório e a ampla defesa,²⁰ explicita-se de forma contundente no modelo de construção da verdade no direito brasileiro, que em termos gerais, proclama o Estado como um único prolator de uma verdade real que deve ser buscada, segundo a doutrina, no processo penal, em nome do interesse público.

Constatei que, hodiernamente, a análise comparativa aplicada no Brasil através do direito comparado, rotineiramente utilizada por autores, porta-vozes de um discurso aparentemente consensual, apresenta-se duvidosa quando se busca alcançar as semelhanças existentes entre as instituições jurídicas oriundas de tradições diferenciadas, descontextualizando-as. Tal metodologia não leva em consideração as diferenças culturais locais e regionais presentes nas categorias e nas representações singulares dos institutos de cada sistema judicial comparado, conduzindo, freqüentemente, a mal entendidos que levam a crer que os institutos jurídicos são fictícia e unilinearmente originários da mesma matriz.

O direito comparado, algumas vezes, encontra-se contaminado por uma forte visão etnocêntrica que busca a comparação por semelhança, no sentido de estabelecer qual sistema é melhor e qual sistema é pior, o que impede a compreensão do contexto dos sistemas jurídicos externos ao do autor.

Além disso, a produção intelectual do direito brasileiro, por um longo período, e ainda hoje, foi construída majoritariamente por autores que se identificam com a perspectiva dos operadores do sistema jurídico - tais como, advogados, juízes, promotores, defensores públicos, etc.. - e, não, com aquela de pesquisadores acadêmicos. Tal fato afastou o direito da prática acadêmica, engessando a produção jurídica a questões, em sua maioria, voltadas à visão pragmática, em detrimento de uma metodologia científica, que privilegiasse a verdadeira compreensão das instituições jurídicas e sua contextualização. Tal fato também teve por consequência a formação e consolidação de um obstáculo epistemológico quanto à relação interdisciplinar e

²⁰ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.103

metodológica, no que tange à comunicação sistemática, não só com as demais ciências sociais, mas também entre os diversos subsistemas do próprio direito.

Assim, a visão etnocêntrica da produção jurídica brasileira levou o operador a não dispor de instrumentos necessários que lhe possibilitariam, com a observância de determinados critérios metodológicos, realizar uma investigação, sob o prisma axiológico, no sentido da percepção dos significados contextuais das categorias e representações que instruem os institutos jurídicos dos sistemas externos.

A presente tese adota o método comparativo aplicado às ciências sociais, mais exatamente a metodologia comparativa desenvolvida pela antropologia. Tal método possibilitou afastar a visão etnocêntrica aplicada atualmente à construção dogmática do direito brasileiro, do saber jurídico nacional, para então, compreender as ideologias centrais que circundam cada uma das instituições envolvidas e seus respectivos sistemas de produção da verdade jurídica no sistema judicial criminal.

Este método, quando aplicado ao estudo comparativo do direito, concebe o sistema jurídico como um objeto, buscando a compreensão das suas realidades e de suas representações²¹ localmente concebidas, para então, traçar uma comparação entre os respectivos institutos buscando identificar as equivalências e o grau de distanciamento entre eles.

A pesquisa realizada compreendeu investigação bibliográfica e arquivística, levantamento de textos legais e trabalho de campo, no Brasil e no Canadá, que envolveram observação direta e observação participante.

Como referências gerais para a análise do material coletado, abandonando o direito comparado, realizado de forma tradicional, no intuito de fugir à percepção etnocêntrica do campo jurídico, optei em me valer de outras perspectivas a partir de disciplinas externas ao campo dogmático jurídico, tais como a Filosofia, a Antropologia Social, a Sociologia, a Ciência Política e a História por meios dos trabalhos de autores, como o professor, advogado e antropólogo Roberto Kant de Lima²², o historiador e advogado José Reinaldo Lima Lopes,²³ o juiz e sociólogo Antoine Garapon e o jurista

²¹ DURKHEIM, Émile. *As regras do Método Sociológico*. Ed. Martin Claret. Coleção A obra prima de cada autor .2002. p. 42

²² KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008.

²³ LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na História*. 2.a. ed. São Paulo. Max Limonad. 2002.

Ioannis Papadopoulos,²⁴ e o antropólogo americano Clifford Geertz.²⁵ No valemos também dos trabalhos do sociólogo Pierre Bourdieu,²⁶ do pensador Michel Foucault²⁷ e do filósofo Hans-Georg Gadamer,²⁸ ente outros.

Tais referências serviram de lentes pelas quais se procurou observar e refletir sobre o campo jurídico. Para tanto, tomamos os discursos dos autores, produtores e reprodutores do *dever ser* do direito como objeto empírico da pesquisa, realizando uma análise a partir dos textos dos autores considerados como porta vozes do campo jurídico, tais como os escritos da autora e professora Ada Pellegrini Grinover,²⁹ o autor Fernando da Costa Tourinho Filho,³⁰ a obra atualizada postumamente de José Frederico Marques³¹ e suas referências no campo das provas, também ainda presentes nas atuais referências bibliográficas do direito processual brasileiro, como autor italiano Nicola Framarino de Malatesta.³²

Outro critério escolhido foi o de selecionar obras de recentes autores, explicitamente dedicadas à formação de operadores do direito, mormente para preparação em concursos públicos, para as carreiras da Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Delegado de Polícia, a exemplo os autores: Fernando Capez,³³ Paulo Rangel,³⁴ Marcellus Polastri,³⁵ Guilherme de Souza Nucci,³⁶ Eugênio Pacelli de Oliveira,³⁷ entre outros.

²⁴ GARAPON, Antoine, PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008.

²⁵ GEERTZ, Clifford *O saber Local*, Petrópolis: ed. Vozes. 1999.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas Linguísticas: O que falar quer dizer*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo 1996

²⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro ed. NAU. 1999.

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002.

²⁹ GRINOVER, A. P. . *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva 2009.

³¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual penal – volume III*. São Paulo: Bookseller. 1998.

³² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911.

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008.

³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007.

³⁵ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. Vol. II, Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2008.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

Para análise da perspectiva comparada, tomamos, aleatoriamente, os comentários de obras de autores estadunidenses específicas sobre a evidência, como do autor Thomas J. Gardner,³⁸ e dos autores R. Alan Thompson, Lisa S. Nored, John Worrall, Craig Hemmens.³⁹ Foram utilizados também os estudos clássicos sobre tradições jurídicas, realizados por John Henry Merryman⁴⁰ e Harold Berman⁴¹ e o do autor francês contemporâneo Antonie Garapon, em co-autoria com o americano Ioannis Papadopoulos.⁴² Sobre a estrutura do sistema criminal dos EUA, foram aleatoriamente escolhidos, entre autores consagrados, David W. Neubauer,⁴³ James Iniciard⁴⁴ e Edward S Corwin.⁴⁵

O critério de seleção para os textos jurídicos anglo-americanos se deu de forma diferente para o Canadá e os EUA. Para o estudo do sistema jurídico do Canadá, as obras selecionadas foram resultados das indicações de professores da faculdade de direito da Universidade de Ottawa e de advogados entrevistados durante a pesquisa em Ottawa. Foram recomendadas as obras sobre evidência criminal dos autores Pierre Béliveau, Vauclair Martin,⁴⁶ David Watt,⁴⁷ David Paccioco.⁴⁸ Sobre o sistema de justiça criminal do Canadá os autores indicados foram: Vincent M. Del Buono,⁴⁹ Ronald J. Delisle, Don Stuart, Cary Trotter,⁵⁰ Curt Griffiths, T. Alinson Hatch Cunningham,⁵¹ entre outros.

³⁸ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul..

³⁹ THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig. *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press 2008.,

⁴⁰ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969.

⁴¹ BERMAN, Harold. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica México.1996.

⁴² GARAPON, Antoine, PAPAPOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008.

⁴³ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*.California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988.

⁴⁴ INICIARD. James A. *Criminal Justice* University of Delaware press1990 U.S .

⁴⁵ CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p. 273

⁴⁶ BÉLIVEAU, Pierre. MARTIN, Vauclair. *Traité Général de Prueve et de Procédure Pénales*. 10 ed. Editions Thémis, Montreal (Quebec) 2003.

⁴⁷ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006.

⁴⁸ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002.

⁴⁹ DEL BUONO. Vincent M. *Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials*. Toronto. Butter Worth. 1981.

⁵⁰ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005.

⁵¹ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003.

Também, para presente investigação, foram utilizados os dados levantados no Brasil e no Canadá, em trabalho de campo. No Brasil, principalmente oriundos de observação participante exercida como professor de Direito Penal e de Processo Penal e como advogado criminalista atuante desde o ano 2000 na cidade de Petrópolis e na capital do Rio de Janeiro.

No Canadá, através de pesquisa de campo, tornada possível por intermédio do programa de intercâmbio *Graduate Students Exchange Program (GSEP)* do *Bureau canadien de l'éducation internationale*. Num período de 5 (cinco) meses, de janeiro a maio de 2009, com o vínculo de pesquisador visitante no Canadá, sob a orientação e supervisão do Dr. Daniel do Santos, professor do Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa, freqüentei a biblioteca da faculdade de direito e da faculdade de ciências sociais, na qual efetuei extenso levantamento bibliográfico.

Em outros momentos da pesquisa no Canadá, convivi, conversei e realizei entrevistas com advogados de defesa, professores de direito, advogados de acusação e conselheiros do Ministério da Justiça do Canadá. Por fim, com o objetivo de compreender a prática judiciária anglo-americana, assisti a 5 (cinco) audiências de julgamento de um caso criminal em Ottawa e a 1 (uma) audiência na esfera cível, na cidade de Toronto.

Essa experiência foi precedida de uma outra, realizada em Buenos Aires, Argentina, no período de Agosto de 2006 a Novembro de 2006, com bolsa de doutorado sanduíche, concedida no âmbito do Programa de Centros Associados de Programas de Pós-graduação entre Brasil e Argentina (CAPG-BA 21/05, 2006-2009)), coordenado pelo Programa de Pós-graduação de Antropologia da Universidade Federal Fluminense e pelo Doutorado da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires, com participação do Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho e do Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de Misiones. Nessa oportunidade, também tive contato com a bibliografia argentina corrente sobre o processo penal e suas garantias, assim como entrevistei profissionais da área sobre suas práticas e representações referentes aos procedimentos processuais penais daquele país.

Embora breves, considero que essas vivências que as experiências de campo proporcionaram foram fundamentais para produzir o suficiente nível de estranhamento, necessário à incorporação de uma perspectiva comparada, de cunho antropológico, marcada pela crítica ao etnocentrismo das perspectivas usuais do direito comparado.

O texto que segue foi articulado da seguinte maneira.

No primeiro capítulo, abordei a questão da opção pelo método comparativo aplicado à antropologia, em abandono ao direito comparado. Para tanto, a filosofia, mais especificamente a hermenêutica filosófica, foi tomada como o ponto mais abstrato do debate relativo às estruturas interpretativas, a partir da qual demonstrei as deficiências do direito comparado e sua imprecisão metodológica, que busca a comparação por semelhança, optando pelo método comparativo na antropologia que estabelece a comparação por diferença.

No segundo capítulo, após elaborar uma sucinta revisão dos antecedentes históricos das tradições jurídicas em foco, realizei uma análise comparativa entre as categorias e representações que envolvem as lógicas estruturantes do sistema jurídico. Para tanto, fiz uma pesquisa sobre a construção da verdade a partir dos *padrões de prova* no direito anglo-saxão. Destaquei os principais aspectos que orientam a sistemática do direito dos EUA e do Canadá, bem como alguns aspectos que orientam a sistemática do direito brasileiro, para, então, comparar o sistema brasileiro com o modelo anglo-americano, ressaltando as diferenças entre os sistemas.

No terceiro capítulo, comparei a atuação da categoria *beyond reasonable doubt*, do direito anglo-americano, com a *presunção de inocência* no direito brasileiro. Para tanto, contextualizei as referidas garantias processuais dentro das respectivas tradições jurídicas. Desenvolvi em seguida, uma análise da lógica que orienta o processo penal brasileiro e o princípio da verdade real. A partir dos textos jurídicos analisei a lógica de estrutura dos princípios da imparcialidade do juiz, da igualdade das partes, da publicidade e do contraditório.

No quarto capítulo, a partir da garantia constitucional associada à categoria *devido processo legal*, empreendi uma comparação sobre a representação e a incidência da garantia processual da *presunção de inocência* nos sistemas de justiça criminal em comparação.

No quinto capítulo, descrevo as bases do sistema da *common law* anglo-americana, com destaque aos aspectos procedimentais do sistema de administração da justiça criminal dos Estados Unidos e do Canadá.

No sexto capítulo, desenvolvi a análise comparativa da produção da prova em ambos os sistemas, com destaque ao seu conceito, objeto e alguns princípios que a orientam. Iniciei uma investigação comparativa, a partir dos textos doutrinários, sobre iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro.

No sétimo capítulo, realizei uma comparação entre a garantia constitucional e processual do direito de permanecer calado nas tradições jurídicas anglo-americana e brasileira. Estabeleci a comparação entre os discursos dos autores do direito a respeito da confissão e da garantia à vedação à auto-incriminação em ambos os sistemas jurídicos.

No oitavo capítulo elaborei uma comparação entre a admissibilidade da prova e da evidência no sistema anglo-americano e no direito brasileiro, destacando a evidência direta e circunstancial e a lógica de proibição das provas ilícitas.

No capítulo nono, estabeleci uma comparação entre o *cross-examination* do sistema anglo-americano e a introdução no sistema brasileiro da pergunta direta à testemunha pelos advogados.

Finalmente, formulo e exponho minhas considerações finais.

CAPÍTULO I

OPÇÃO METODOLÓGICA: DIREITO COMPARADO OU MÉTODO COMPARATIVO?

O presente tópico visa justificar a não utilização do método aplicado pelo direito comparado em privilégio ao método comparativo da antropologia que se harmoniza com a moderna vertente da hermenêutica filosófica.

1.1 A hermenêutica filosófica e a compreensão do outro

A hermenêutica é um tema tratado com relevância por vários segmentos do conhecimento. Sua problemática também detém a atenção de autores como MÜLLER que, atualmente, questionam a confiabilidade das técnicas metodológicas aplicadas ao estudo do direito⁵².

Segundo os autores, o direito apresenta uma série de ramos pelos quais este se desdobra, entre tantos está o Direito Comparado, proclamado como uma ciência em si, que busca, como finalidade, o estudo dos diferentes modelos de sistemas jurídicos.⁵³

Este capítulo visa explicar a opção pela metodologia aplicada pela antropologia, afastando-se do direito comparado, em razão da sua própria instabilidade metodológica. Assim, buscamos deste ponto de vista, propor algumas reflexões sobre o método do Direito Comparado, aplicado à construção do conhecimento jurídico, e sua validade e segurança para a compreensão da realidade que envolve os sistemas jurídicos instruídos sob outros paradigmas e outras lógicas estruturais, bem como sua validade pragmática. Para tanto, traçamos como ponto de partida o substrato filosófico da hermenêutica de GADAMER, buscando analisar a identidade da estrutura filosófica hermenêutica quando enfrenta o “outro” e identificar a deficiência na consonância desta com a problemática debatida no âmbito do Direito Comparado.

⁵² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.a ed. Trad. Peter Naumann. Ed Renovar. Rio de Janeiro. 2005. pg. 01

⁵³ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. Ed, Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2001. pg.34

O presente capítulo parte de alguns questionamentos fundamentais: primeiro, é possível encontrar no Direito Comparado, e nos parâmetros de seu método, uma consonância com preceitos abstratos da Hermenêutica Filosófica? Segundo: há possibilidade de encontrar em outros campos das ciências humanas, parâmetros metodológicos harmônicos aos preceitos abstratos da Hermenêutica Filosófica? As respostas a estas questões servirão como uma contribuição para visualizar de forma clara o método do Direito Comparado e refletir sobre sua produção intelectual referente à metodologia aplicada a este campo do saber.

Assim, através da análise de discurso, buscaremos demonstrar a existência, ou não, de uma simetria metodológica, tendo por base o paradigma da Hermenêutica Filosófica e sua relação com as premissas do método comparado, analisando a incidência no âmbito das ciências sociais e da relação com o método utilizado pelo Direito Comparado.

A base para a construção do presente estudo parte da filosofia hermenêutica de GADAMER, admitida aqui como o ponto mais abstrato da problemática que orienta a metodologia prática de construção e produção do conhecimento, mais diretamente neste caso, ao estudo comparativo dos paradigmas jurídicos.

A referência a GADAMER é trazida aqui pelo fato de podermos encontrar em sua obra, *Verdade e Método*, o debate acerca da realização de uma interpretação compreensiva em um sentido ontológico. Esta compreensão disponibiliza ao indivíduo a conscientização de suas próprias *opiniões prévias* que, após o exercício introspectivo que busca a análise da realização de sua própria compreensão, deixam de ser arbitrárias. Tal esforço, com base na hermenêutica de GADAMER, é imprescindível para a compreensão das categorias e representações que constituem o objeto pelo qual recai o estudo dos sistemas jurídicos estrangeiros.

O autor nos convida à análise de nossas próprias impressões, nos permitindo a compreensão a partir do objeto, avaliando os *verdadeiros preconceitos* distinguindo-os dos *falsos preconceitos* que nos conduzem aos *mal-entendidos*. Leva-nos ao entendimento acerca de nossa *consciência histórica*, da *historicidade* e da *pré-estrutura da compreensão*, jogando luz às nossas *noções prévias*, ou seja, o conhecimento de nós mesmos enquanto ser no mundo.

Preceitua GADAMER:

*Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.*⁵⁴

Seguindo a linha de pensamento de GADAMER, ao se deparar com um texto, de forma imperceptível, surgem ao intérprete *conceitos prévios* a respeito do seu objeto. Tais conceitos constituem um *projeto prévio* que necessita de reiterada revisão. A cada revisão há a possibilidade de surgir um novo projeto de sentido, havendo a possibilidade de serem inclusive conflitantes, podendo, entretanto, serem colocados lado a lado até que se alcance uma unidade de sentido. Nesse movimento, os *conceitos prévios* são substituídos por outros mais adequados. No exercício de compreensão de um texto o autor determina a necessidade de uma constante revisão dos *conceitos prévios*. Segundo GADAMER, este constante projetar é o processo de HEIDEGGER denominado *círculo hermenêutico*⁵⁵. Com efeito, a compreensão é uma constante elaboração e revisão de projetos.

Continua GADAMER:

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002. pg. 402

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002 pg. 402.

*Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem se confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão.*⁵⁶

A *revisão de projetos* constitui um constante exercício para a compreensão, onde as *concepções prévias* não devem ser rechaçadas, pois não são tidas como inúteis à compreensão, mas que, como defende o autor, não podem jamais ser arbitrárias, ou seja, devem ser conscientes. Assim, de acordo com a Hermenêutica Filosófica, examinar as *opiniões prévias* quanto a sua origem e validade é uma exigência fundamental do intérprete para alcançar a compreensão de algo⁵⁷.

GADAMER afirma que seria bastante difícil um texto se encaixar em nossas próprias opiniões e expectativas sem haver nenhuma ruptura. Desta forma, para o autor, se algo lhe é dito isto não representa na verdade a sua opinião, mas obviamente a opinião daquele que profere o referido dado da qual o interlocutor deve buscar, em primeiro momento, a tomada de conhecimento. Ressalta ainda GADAMER que as *concepções prévias* podem manter-se despercebidas e com isso gerar os denominados *mal-entendidos*. Então, questiona o autor: como proteger um texto previamente frente a *mal-entendidos* sem abandonar as *opiniões prévias*?⁵⁸ Tal solução estaria na *abertura ao outro*, como ressalta o próprio filósofo:

Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002pg. 402.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002pg. 403.

⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002pg. 404.

*as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro à do texto.*⁵⁹

Segundo a Hermenêutica Filosófica, as opiniões representam uma infinidade de possibilidades, mas que dentro dessa multiplicidade há aquilo em que o leitor encontra algum sentido. Com efeito, a opinião *do outro* se relaciona com as opiniões próprias; se não houver, entretanto, a *abertura ao outro* não conseguirá o intérprete a integração do *mal-entendido* às suas próprias variações de sentido, ou seja, não conseguirá compreender o que o outro está dizendo.⁶⁰

Seguindo este ditame, alerta GADAMER:

*Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto.*⁶¹ (sic)

A Hermenêutica Filosófica aponta para a necessidade do intérprete se mostrar aberto à diferença contida no texto, mas sem abandonar as *concepções prévias* e os *preconceitos*, nem tampouco considerá-los absolutos admitindo em *prima facie* como coincidentes com o significado do texto, pois assim poderia anular o próprio sentido deste. Deve assim, o intérprete tomá-los em perspectiva e realizar o exercício do encontro das *concepções prévias* com a opinião *do outro*.

Neste sentido afirma GADAMER:

Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 404.

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 404,405.

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 405.

pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa, nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a procriação das opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias⁶².

Segundo GADAMER, uma compreensão estruturada metodicamente realizará suas antecipações tornando-as conscientes para então poder controlá-las e, a partir de então, poder alcançar a compreensão correta a partir das próprias coisas e não das concepções prévias do intérprete.

Outra questão relevante é a abordagem diferenciada apresentada por GADAMER na análise dos *preconceitos*. Estes, que sempre foram lidos como pontos negativos, são abordados de forma mais relativizada pelo pensador. O autor preconiza a existência de *preconceitos legítimos* que, podem conter algo de verdade, dos *preconceitos da precipitação* que são juízos momentâneos e equivocados.

De acordo com GADAMER a precipitação nas interpretações, resultante da ausência de uma consciência das próprias *opiniões prévias*, conduz a *mal-entendidos*. Nesse ponto, ressalta GADAMER:

A precipitação é a verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão. A autoridade, pelo contrário, é a culpada de que nós não façamos uso da própria razão⁶³. (grifo nosso)

A partir do fragmento supracitado cabe destacar a importância do debate à cerca da autoridade no sistema de pensamento jurídico. O direito brasileiro sofre forte

⁶² GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 405.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 416.

influência da perspectiva religiosa católica que incide também na maneira como este se relaciona com a questão da autoridade, ao passo que o direito anglo-saxão, por influência do protestantismo, tem uma outra forma de relação com esta questão.

A centralização da Igreja Católica e a autoridade doutrinal da instituição eclesiástica, fundada em uma estrutura hierárquica, garantem a dominação intelectual da igreja como única e legítima prolatora da verdade.⁶⁴ Assim, segundo GARAPON e PAPADOPOULOS:

*“As verdades dogmáticas e as normas morais são dadas do alto e no momento de solucionar um conflito na vida de uma comunidade, apela-se espontaneamente para a autoridade da instituição eclesiástica, depositária das normas e gestora de um fundo de verdade.”*⁶⁵

Nessa perspectiva, a autoridade não pode ser mediada pela razão do sujeito, sendo unicamente um fundamento de submissão e obediência. Em razão da influência deste modelo de estrutura de pensamento, próprio do modelo religioso católico, sobre o direito brasileiro, constata-se como comum na doutrina nacional a super-valorização do “argumento de autoridade” em detrimento do exercício de construção da verdade através da argumentação. Prevalece assim o “argumento de autoridade” em detrimento da “autoridade dos argumentos”.

Verifica-se como freqüente no pensamento doutrinário brasileiro, o estabelecimento de determinado pressuposto como verdadeiro em razão da autoridade do autor que o profere, tal atributo sendo conferido a determinadas pessoas de destaque no direito. Isto se dá pelo fato da posição que este ocupa na estrutura hierárquica no campo intelectual jurídico. Assim, as interpretações dos argumentos proferidos por estas pessoas não sofrem a rigor a intermediação da razão, mas são simplesmente aceitos pela

⁶⁴ BERMAN, Harold. *A Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica México.1996, p. 177-178.

⁶⁵ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 101-102.

força da autoridade de Ihe foi conferida pela tradição e consenso. ⁶⁶ Sobre esta ótica, critica GADAMER:

“Sobre a base de um esclarecedor conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade pôde se converter simplesmente no contrário da razão e liberdade, no conceito de obediência cega”. ⁶⁷ (grifo nosso)

Tal fenômeno, recorrente nos textos jurídicos do direito brasileiro, produz uma grande desconfiança e preconceito ao que é inovador e mais ainda quando se busca a racionalização do “argumento de autoridade”.⁶⁸

A tradição protestante que influencia sobremaneira o direito anglo-saxão, com destaque ao modelo norte americano, se constrói na perspectiva da desconfiança em relação à centralização. A admissão da autoridade representa não um ato de submissão, mas de livre aceitação às obrigações religiosas. ⁶⁹ Assim, a Reforma Protestante buscou afirmar o indivíduo liberando-o do jugo de uma tradição bíblica desconfiando da verdade religiosa, proferida pela instituição católica centralizada, ⁷⁰ preconizando a mediação entre a razão e a autoridade bíblica.

Com efeito, a autoridade não se relaciona com obediência, mas com conhecimento. ⁷¹ Segundo GADAMER, estaria fundada em um ato de liberdade e razão, que concebe a autoridade como superior pelo fato de possuir uma visão mais ampla, porque sabe melhor. ⁷² Esta percepção que estaria construída na idéia de que o que a

⁶⁶ Um bom exemplo pode ser conferido na Dissertação para obtenção do título de mestre em direito pela Universidade Gama Filho de Regina Lúcia Teixeira Mendes. *A igualdade a brasileira..* Neste trabalho a autora demonstra a força do argumento da autoridade do discurso de Ruy Barbosa sobre a concepção de igualdade.

⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 419.

⁶⁸ A questão do argumento de autoridade e seu efeito no campo jurídico brasileiro será abordado mais adiante no trabalho.

⁶⁹ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 102.

⁷⁰ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 102.

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 420

⁷² GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 420

autoridade afirma não é uma arbitrariedade, mas algo que pode ser principalmente inspecionado, assim continua GADAMER: “*É isso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista.*”⁷³ Nesta possibilidade de verificação através da análise e reflexão individual é que se estabelece não a prevalência do “argumento de autoridade”, mas a “autoridade dos argumentos”. Está é mesma lógica adotada no campo das ciências naturais para a construção de seus pressupostos. Tal discussão é fundamental para a compreensão das formas de construção do fato dentro e fora da lógica argumentativa.

Segundo PERELMAN, na argumentação a noção das categorias “fato” e “verdade” são caracterizadas pela idéia de que há certo número de acordos a respeito de determinados dados, que se referem a uma realidade objetiva. No entanto, pelo menos provisoriamente, estes “fatos” estão fora da argumentação, pois não é objeto que necessite de maior ou menor adesão, mas sim algo que se impõe a todos os envolvidos, por isso determina o autor que “*Só estamos em presença de um fato, do ponto de vista argumentativo, se podemos postular a seu respeito um acordo universal, não controverso*”.⁷⁴

Assim, a “autoridade dos argumentos” só se mostra possível dentro de uma lógica argumentativa em que há consenso entre indivíduos iguais. Não haverá pois uma argumentação fundamentada em fatos, em um espaço que se apresenta como hierárquico que se estabelece pela força do “argumento de autoridade”.

Para a doutrina brasileira o magistrado deve buscar a verdade mesmo quando os fatos forem incontroversos. Tal fato é percebido pelos autores brasileiros como positivo para que o juiz alcance a chamada verdade real.⁷⁵ Com efeito, o sistema brasileiro restringe a possibilidade de um acordo, ente os atores do processo, sobre os elementos fáticos, o que impede a existência do próprio fato no processo. Portanto, a ausência da consensualização sobre o que é fato no direito brasileiro, inviabiliza a construção da verdade pela argumentação.

⁷³ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 420

⁷⁴ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 76

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 17

O campo jurídico como uma cultura reflete os paradigmas da sociedade a qual pertence, assim, o plano intelectual do direito brasileiro é também o espaço que reproduz a hierarquização social da desigualdade entre indivíduos, do “*Você sabe com quem está falando?*” descrito por DaMATTA ⁷⁶. Tal fato reafirma o respeito ao “argumento de autoridade” e impermeabilização do campo jurídico brasileiro quanto a críticas fundadas “autoridade dos argumentos”.

Outro ponto relevante para reflexão é o debate acerca do conceito de *horizonte histórico* mencionado por GADAMER. Tal análise torna-se importante quando nos dedicamos ao exercício de compreensão dos sistemas estrangeiros e das tradições jurídicas a que pertencem.

Para o autor, Horizonte “... *é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de determinado ponto.*”⁷⁷ (grifo nosso) Torna interessante a análise do horizonte no âmbito da compreensão histórica, que se relaciona com a questão de visualizar o passado a partir do seu próprio ser⁷⁸. Cada um possui uma visão em perspectiva do horizonte histórico, a compreensão exige em cada caso alcançar o horizonte histórico do objeto de estudo para então compreendê-lo. Este *ponto*, ao qual se refere o texto acima transcrito, é a referência de partida de análise deste horizonte histórico que, se não observado, fatalmente conduzirá a *mal-entendidos*.

Esclarece GADAMER:

É também interessante falar de horizontes no âmbito da compreensão histórica, sobretudo quando nos referimos à pretensão da consciência histórica de ver o passado em seu próprio ser, não a partir de seu próprio horizonte histórico. A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico, a fim de que se mostre, assim, o que queremos

⁷⁶ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Mlandros e Heróis*: Zahar. Rio de Janeiro. 2006.

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002 pg. 452.

⁷⁸ Por curiosidade cabe destacar que na filosofia oriental o ser no presente possui em si o resultado do passado e potencial para o futuro. SILVA, Georges da; HOMENKO, Rita. *Budismo psicologia do autoconhecimento: O caminha da correta compreensão*. Ed Pensamento. São Paulo. 1996, pg. 166.

*compreender em suas verdadeiras medidas. Quem omitir esse deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição, estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela nesse sentido, prece ser uma exigência nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo. Só que teremos de indagar se este lema não se torna devedor precisamente da compreensão que nos é exigida. Ocorre como um diálogo com alguém com o único propósito de chegar a conhecê-lo isto é de termos uma idéia de sua posição no horizonte.*⁷⁹(grifo nosso)

A compreensão histórica é extremamente importante para análise dos fenômenos jurídicos estrangeiros, pois o simples olhar ao instituto, sem buscar a análise do horizonte histórico que o situa, conduz a uma compreensão pífia do objeto de estudo, podendo inclusive, como alerta o autor, produzir *mal-entendidos*.

Firma o autor que esse interagir com o objeto deve ser desprovido de qualquer intenção que não seja unicamente em conhecê-lo, e que isto se torna relevante para termos uma noção da posição do objeto no *horizonte histórico*.

WEBER afirma que toda ciência, com exceção da história política, que tenha por fito principal as intuições do homem e os acontecimentos culturais, surgiu historicamente de considerações práticas. Afirma o pensador que, a princípio, o fim imediato e único destas ciências foi de elaborar juízos de valor sobre determinado objeto, mas que essa situação no campo das ciências sociais foi paulatinamente se modificando.⁸⁰

O direito como um ramo das chamadas ciências sociais aplicadas, apresenta-se como um campo fortemente pragmático e por conseqüência, valorativo. Para que consiga alcançar a compreensão da posição do horizonte histórico do seu objeto de investigação, deve, no estudo do Direito Comparado, deslocar seu imperioso pragmatismo valorativo para unicamente a busca da compreensão do outro pois, antes

⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002pg. 452 e 453.

⁸⁰ WEBER. Max. *Sobre a Teoria das Ciências Sociais*.ed. Moraes, 1991 pg. 03.

mesmo de se alcançar o debate sobre a validade do utilitarismo ou não, no campo do Direito Comparado, ou em que medida a compreensão do objeto traz a compreensão do próprio sujeito, há a necessidade imperiosa, em primeiro plano, de alcançar a compreensão do sistema jurídico externo a partir dele mesmo.

O filósofo reconhece a força e o peso da autoridade decorrente da herança histórica e da tradição. A tradição para GADAMER é entendida como fundamento de validade, assim afirma o autor:

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base, e, mesmo no caso em que, na educação, a “tutela” perde a sua função com o amadurecimento da maioria, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade de educador, esta chegada da maturidade vital e histórica não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores nós mesmos no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição. A realidade dos costumes, p ex.. é e continua sendo, em âmbitos bem vastos, algo válido a partir da herança e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso precisamente que denominamos tradição: o fundamento de sua validez. ⁸¹ (grifo nosso)

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002pg. 421

Com efeito, compreender em plenitude uma tradição, necessariamente requer sem dúvida, um horizonte histórico.⁸²

Assim, a filosofia hermenêutica fornece as premissas filosóficas para a compreensão *do outro*, determinando que há sempre uma pré-compreensão vinculada à tradição que modela os preconceitos do sujeito. Para que haja a compreensão do outro é necessário que tais fatores sejam conscientes, sendo ponto fundamental para o estudo da comparação entre sistemas jurídicos estrangeiros.

Descreve o autor.

*A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo encontro significa a “suspensão” dos meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja com uma obra de arte (“não há um lugar em que não possa ver-te, deves mudar de vida”) ou com um texto; e é impossível em contentar-se em “compreender o outro”, quer dizer, buscar reconhecer a coerência imanente aos significados - exigências do outro. Um outro chamado está sempre subentendido. Tal como uma idéia infinita, o que também está subentendido é uma exigência transcendental de coerência na qual tem lugar o ideal de verdade. Mas é ainda necessário que eu esteja disposto a reconhecer que o outro (humano ou não) tem razão e a consentir que ele prevaleça sobre mim.*⁸³ (grifo nosso)

⁸² GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed. Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002, pg. 455.

⁸³ GADAMER, Hans – Georg. *O Problema da Consciência Histórica*: org: Pierre Fruehon; trad. Paulo César Duque Estrada – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, pg. 13.

O estudo da Hermenêutica Filosófica constrói as bases fundamentais da relação sujeito - objeto, paradigma importante para a análise das ciências do espírito e dos métodos que a seguir expomos em debate.

1.2 Algumas referências do método aplicado ao Direito Comparado.

Importante ressaltar que o estudo do Direito Comparado não cinge exclusivamente ao estudo dos sistemas jurídicos estrangeiros. Podemos encontrar no direito brasileiro, a utilização do termo Direito Comparado para análise de institutos normativos dentro do próprio sistema jurídico nacional. O que nos interessa aqui é somente o estudo do Direito Comparado como análise de sistemas jurídicos estrangeiros.

De acordo com os próprios pesquisadores do ramo, o Direito Comparado ainda não apresenta uma clara definição. Segundo CONSTANTINESCO, dentro das multiplicidades de enunciados não há nenhuma que seja aceita de forma geral, o que de fato coloca em fragilidade a própria solidez científica que fundamenta e estrutura o Direito Comparado.⁸⁴

Apesar, como se refere o autor, da ausência de uma definição uniforme do que seria propriamente o Direito Comparado percebemos, de forma habitual, a apresentação deste campo de estudo como o conhecimento das diferenças e semelhanças dos sistemas jurídicos.

Com efeito, determina o autor RODOLFO SACCO:

A comparação pressupõe, evidentemente, o reconhecimento de que exista uma pluralidade de modelos jurídicos, mas essa vai além desse simples reconhecimento. Se ela concentra sua atenção sobre esses múltiplos modelos, o faz para estabelecer em que

⁸⁴ CONSTANTINESCO, Leontin- Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998 pg. 264.

medida esses modelos são idênticos e em que medida são diferentes. ⁸⁵ (grifo nosso)

O autor Rodolfo SACCO afirma que em determinado período histórico houve um movimento que negava a possibilidade de comparações entre sistemas diferentes. Segundo o autor, nesse debate questionava-se a possibilidade de se efetuar a comparação de sistemas da *Common Law* com sistemas da *Civil Law*, bem como, os autores socialistas contestavam a possibilidade de se comparar sistemas jurídicos de bases econômicas diferentes, ou seja, do sistema socialista com o sistema capitalista.⁸⁶

O mesmo autor afirma que: “*Depois da Segunda Guerra Mundial, a teoria da incompatibilidade começou a se flexibilizar.*”⁸⁷. Posiciona o autor a favor da possibilidade da comparação entre países de bases econômicas diferentes, afirmando que a comparação pode mensurar diferenças máximas ou diferenças mínimas, não devendo haver preferências para uma ou para outra.⁸⁸ Mas, continua o publicista, o pesquisador: “*Não deve pesquisar exclusivamente o common core do direito de vários países. Não deve buscar exclusivamente as especificidades dos vários ordenamentos*”.⁸⁹ (grifo nosso)

Não obstante a superação histórica, descrita pelo autor comparativista, percebe-se no discurso do autor a presença de certa moderação ao atribuir relevância no destaque de fatores que delimitam as diferença entre os sistemas jurídicos, bem como, certa tendência à preponderância das similitudes. Assim, finaliza o autor:

A polêmica sobre a compatibilidade nos revela uma verdade importante. Há ordenamentos em que todo estudioso encontra elementos comparáveis, porque as suas soluções, e os seus caracteres, são similares. Há

⁸⁵ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001, pg. 34.

⁸⁶ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001pg. 44.

⁸⁷ SACCO, Rodolfo *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001pg. 45.

⁸⁸ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001pg. 46.

⁸⁹ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001 pg. 46.

ordenamentos que (injustamente) pensou-se não serem passíveis de comparação, devido às imensas diferenças que os separam. A amplitude das distâncias que ocorre entre os sistemas estudados pode variar. Isto fez opor uma macrocomparação (que ocupa sistemas pertencentes a famílias diversas) a uma microcomparação (que se ocupa de sistemas de famílias diversas). Os instrumentos da comparação podem ser bem diferentes para uma e para outra: na macrocomparação, p. ex., não é sempre possível prever que as palavras de um sistema sejam traduzíveis na língua de outro, uma vez que freqüentemente faltará o termo adequado.⁹⁰ (sic) (grifo nosso)

O Direito Comparado, enquanto método de análise dos sistemas jurídicos estrangeiros possui fragilidades reconhecidas por seus estudiosos, ainda não superadas no núcleo de seu objeto.

Segundo a dogmática jurídica, o Estado busca, através do direito, as soluções dos conflitos interindividuais.⁹¹ A visão utilitarista que permeia amplamente o direito, talvez em razão de ser apresentado como um ramo das “ciências” aplicadas, não está ausente nos publicistas do Direito Comparado, onde se percebe a intenção de estar sempre em busca de soluções, como se depreende da narração realizada pela autora Ana Lúcia Lira Tavares:

Alguns autores propugnam pela inutilidade de estudos comparativos entre direitos de natureza extremamente diversa, considerando-se que os elementos de aperfeiçoamento mútuo seriam raros e de duvidoso interesse, dadas às bases heterogêneas dos sistemas

⁹⁰ SACCO, Rodolfo, *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001pg. 47-48.

⁹¹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. Ed. Malheiros 13.^a ed. São Paulo. 1997 pg. 24.

*jurídicos em questão. Assim, posicionava-se o eminente comparatista Harold Gutteridge, da Universidade de Cambridge, enfatizando que o semelhante deve ser comparado com o semelhante.*⁹² (grifo nosso)

Apesar da autora divergir do ponto de vista do autor por ela citado, ainda existe a idéia de que a comparação por diferenças deve ser desconsiderada em razão da ausência de um pragmatismo objetivo que alcance a solução das suas próprias problemáticas.

A questão que envolve a comparação por semelhança e por diferenças está a muito superada pelas ciências sociais. Para tanto vale destacar o embate realizado na década de 60 entre os antropólogos Leach e Radcliffe Brow, em relação ao funcionalismo inglês e a análise comparativa de estruturas sociais.

Leach chamou Radcliffe Brow de colecionador de borboletas quando este propôs como princípio para comparação entre sociedades a classificação entre tipos e subtipos. A partir disto, Radcliffe Brow sustentava como necessário para a comparação entre sociedades a referência de aspectos particulares, como sistema econômico, político ou de parentesco. Esta forma de categorização para a compreensão das sociedades foi criticada por Leach, afirmando que tal tipologia assemelhava-se a arrumação das borboletas de acordo com a sua cor, seu tamanho e forma das asas.

Leach afirma que o funcionalismo parte da suposição que a cultura ou sociedade é formada por um todo empírico e se constitui de um número de partes que podem ser facilmente identificáveis, e, na comparação, deve se verificar se os mesmos tipos estão presentes em ambas as sociedades. De acordo com o autor tal forma abordagem é útil para um zoólogo ou mecânico, mas inútil para uma abordagem antropológica na compreensão de uma sociedade.⁹³

⁹² LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Disponível em « www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.htm » capturado em 18/12/05.

⁹³ LEACH, E.R. *Repensando a antropologia* ed. Perspectiva. 1974, p 20-21

A comparação por diferença se mostra importante, pois como afirma o antropólogo Levi Strauss, as culturas não diferem entre si da mesma maneira nem no mesmo plano.⁹⁴

Com efeito, verifica-se que o direito brasileiro ainda se perde em debates já a muito superados pelas ciências sociais, a exemplo a antropologia .

Não é somente a problemática acima que torna as práticas atuais do estudo do Direito Comparado ausente de uma plena confiabilidade enquanto método, pois o próprio campo reconhece a freqüente sobreposição de institutos. Outro ponto de extrema relevância está na comparação por semelhança. A comparação que privilegia a busca de semelhanças, freqüentemente, impossibilita a identificação das *concepções prévias*, dos *maus preconceitos* e por conseqüência a radicalização de posicionamento etnocêntrico que impossibilita uma ampla compreensão do outro.

Isso se constata no discurso da autora acima citada:

É inquestionável que a identificação metódica de semelhanças e diferenças deve ser feita em função de certas variáveis pertinentes à matéria tratada. Em caso contrário, ter-se-ia a mera descrição do direito estrangeiro no pertinente ao tema escolhido, sem que a preocupação do cotejo relativamente a determinados itens guiasse o pesquisador. Na verdade é usual a leitura de textos que se intitulam de Direito Comparado, quando, efetivamente, o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos. Acacianamente, poderíamos concluir que comparar não é justapor⁹⁵. (grifo nosso)

⁹⁴ STRAUSS, Claude Lévi. *Raça e História*, in *Raça e Ciência*. Ed perspectiva. 1970, p 233

⁹⁵ LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Disponível em « www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.htm » capturado em 18/12/05.

Com efeito, nota-se que a preocupação dos autores, na análise do Direito Comparado, não incide sobre as indagações supra descritas nas questões incidentes da Hermenêutica Filosófica, sua maior aflição metodológica incide na crítica à sobreposição de institutos normativos.

1.3 Algumas referências do método aplicado pelas Ciências Sociais.

A cultura, segundo as ciências sociais “... é como uma lente através da qual o homem vê o mundo. Homens de culturas diferentes usam lentes diferentes e, portanto, têm visões desencontradas das coisas”.⁹⁶ O direito é concebido pelas ciências sociais como uma cultura, e como tal possui características que lhe são peculiares imbuídas de valores e concepções próprias que norteiam o viver em determinada sociedade. O direito é um fenômeno cultural que, no dizer de GEERTZ, compõe-se de um saber local como tantos outros.

Desta forma, determina o antropólogo:

Assim como a Navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local⁹⁷ (grifo nosso).

Desta forma, o direito como fenômeno cultural está restrito a fatores condicionantes da própria cultura na qual está inserido, não competindo falar em um direito universal, direito absoluto, que seja uniforme a todos, ou ainda, que este ou aquele direito seja idêntico ao deste ou daquele país⁹⁸.

De acordo com as ciências sociais, a cultura condiciona a visão de mundo do homem. Por conseguinte, as percepções e compreensões passam por simbologias que condicionam comportamentos sociais, morais e, até mesmo, posturas corporais.

Sobre isso disserta o antropólogo ROQUE LARAIA:

⁹⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro.2003, pg 69.

⁹⁷ GEERTZ, Clifford *O Saber Local*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1999.pg 249.

⁹⁸ Esse é um dos grandes debates a cerca da possibilidade efetiva de concretização dos Direito Humanos.

*O modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura.*⁹⁹

Da subjetividade da Hermenêutica Filosófica para objetividade dos pressupostos do método propriamente dito, a metodologia para investigação nas ciências sociais serve como exemplo para demonstrar a possibilidade da consonância entre estas duas esferas de conhecimento das ciências do espírito aqui referidas. Para tanto, pode-se exemplificar a partir da metodologia de DURKHEIM, em sua obra *Regras do Método Sociológico*. Nesta obra o autor estabelece aspectos da relação sujeito e objeto, preconizando um distanciamento entre as partes, ou seja, o sujeito de conhecimento e seu objeto de estudo, alertando para o surgimento das *pré-noções* e as devidas suspeições com que devem ser tratadas sem, no entanto, excluí-las. Tal objetividade metodológica ajusta-se com esmero à determinação subjetiva da Hermenêutica Filosófica de GADAMER quando menciona o movimento do círculo hermenêutico já acima referido.

Nas orientações metodológicas de DURKHEIM, em sua objetividade, podemos constatar presente, como pano de fundo, as noções do círculo hermenêutico e as advertências sobre as *opiniões prévias*, a posição destas e sua importância na estrutura do compreender.

Assim, assevera DURKHEIM :

Não é possível o homem viver no meio das coisas sem fazer delas idéias segundo as quais o seu comportamento é regulado. Porém, como essas noções estão mais próximas de nós e mais ao nosso alcance do que as realidades a que correspondem, tendemos naturalmente a substituí-las a estas últimas e a fazer

⁹⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2003 pg. 70.

delas a própria matéria das nossas especulações. Em vez de observar as coisas, de as descrever, de as comparar, nos contentamos em tomar consciência das nossas idéias, em analisá-las, em combiná-las. Em vez de uma ciência de realidades, não fazemos senão uma mera análise ideológica. É óbvio que esta análise não é excludente de toda e qualquer observação; podemos recorrer aos fatos para confirmar essas noções ou conclusões que delas tiramos ¹⁰⁰ (grifo nosso).

DURKHEIM toma como ponto de partida para ciência sociológica o tratamento dos fenômenos sociais como coisas, ou seja, devem ser analisados na qualidade de dados¹⁰¹. Isto pode induzir ao debate próprio das ciências sociais no que tange à neutralidade axiológica.

No entanto, percebe-se que GADAMER não concebe a neutralidade na relação sujeito e objeto, mas sim, uma necessária interação entre estes, sendo isto a essência da compreensão. Assim, segundo GADAMER: “...compreender significa, primariamente, sentir-se entendido na coisa, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.”¹⁰² No entanto, a problemática acerca da neutralidade axiológica é uma senda que demandaria outras investigações que não caberiam nesse trabalho. Por esta razão preferimos, neste momento, nos abster deste debate.

Segundo alguns autores, a antropologia tem a finalidade de explicar as diferenças entre as diversas, culturas, sociedades e suas instituições, valendo-se do conhecimento das diferenças entre as sociedades humanas, com o fito de estranhar sua própria sociedade, descobrindo aspectos que antes se mantinham ocultos na sociedade do sujeito, em razão da familiaridade e da naturalização.¹⁰³

¹⁰⁰ DURKHEIM . Émile. *Regras do Método Sociológico* ed Martin Claret. São Paulo 2002. pg 42.

¹⁰¹ DURKHEIM . Émile, *Regras do Método Sociológico* ed Martin Claret. São Paulo 2002 pg. 51.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg., *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002. pg. 441.

¹⁰³ VARELLA, Alex, KANT DE LIMA, Roberto. Saber jurídico e o direito a diferença no Brasil: Questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 89-126

Assim, afirmam VARELLA E KANT DE LIMA:

Não se pode comparar as outras sociedades nos termos de nossas categorias, mas pode-se melhor entender nossas categorias e nossa sociedade ao perceber como elas são exclusivas e 'arbitrárias', ao invés de 'gerais' e 'naturais'.¹⁰⁴

O pensamento antropológico rejeita a aplicação da teoria evolucionista para as ciências sociais e, por conseqüência, regurgita a comparação por semelhança, tendo em razão o fato de que quando o pesquisador procura, com essa rotina identificar instituições e práticas semelhantes à dele, não consegue compreender o objeto a partir de si, podendo incidir no erro de projetar as categorias e as representações de sua sociedade e igualá-las com as categorias e representações do objeto. Tal equívoco não é incomum tendo em vista que tanto o sujeito quanto o objeto são detentores de valores¹⁰⁵.

As razões que levaram a antropologia a optar pela comparação por diferença são justificadas por seus pesquisadores no fato de se ter verificado que, durante algum tempo, a análise comparativa interpretava negativamente os fatores existentes na sociedade do objeto que não constavam presentes na sociedade do sujeito. Isto somado à visão evolucionista da sociedade, mais a concepção etnocêntrica, conduziam a uma hierarquização das sociedades como se estas estivessem em planos evolutivos diferentes, negando com isso a história individual de cada grupo.¹⁰⁶ De acordo com a antropologia, são sociedades contemporâneas, não inferiores, nem anacrônicas, mas diferentes; cabendo então, para maior compreensão das representações dos signos de cada sociedade, buscar compreender as diferenças e não as semelhanças.¹⁰⁷ Para tanto, é

¹⁰⁴ VARELLA, Alex, KANT DE LIMA, Roberto, Saber jurídico e o direito a diferença no Brasil: Questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 89-126.

¹⁰⁵ VARELLA, Alex, KANT DE LIMA, Roberto, Saber jurídico e o direito a diferença no Brasil: Questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 89-126.

¹⁰⁶ STRAUSS, Claude Lévi. *Raça e História*, in *Raça e Ciência*. Ed perspectiva. 1970, p 236-238

¹⁰⁷ VARELLA, Alex, KANT DE LIMA, Roberto, Saber jurídico e o direito a diferença no Brasil: Questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*.

imprescindível a abertura para o *outro* com o único intuito de compreendê-lo, desprendendo-se para tanto de qualquer pretensão utilitarista.

Outra preocupação que não foge ao campo das ciências sociais, na análise do outro, é a incidência da visão etnocêntrica, já acima mencionada, na qual o sujeito lê o mundo a partir de suas referências, tendendo a considerar o seu referencial como o mais correto, mais natural e, por conseqüência, desconsiderando o outro.¹⁰⁸

Com efeito, a antropologia delinea o fenômeno etnocêntrico como: “*um fenômeno universal. É comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade ou mesmo a única expressão.*”¹⁰⁹ Essas práticas, segundo a antropologia: “*resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais*”¹¹⁰

Quando a antropologia busca a análise do *outro*, a partir das diferenças, pode-se perceber a afinidade desta atitude com o pensamento da Hermenêutica Filosófica de GADAMER, quando preconiza que cada um possui uma visão em perspectiva do horizonte histórico. Para o autor, a compreensão busca o imperativo de, em cada caso, alcançar o horizonte histórico do objeto estudado para então alcançar sua compreensão.

Alcançar o horizonte histórico significa buscar entender o objeto a partir de si mesmo. Nesse ponto, as ciências sociais determinam a importância da compreensão das categorias e representações do objeto para então superar a visão etnocêntrica.

A visão etnocêntrica, presente também no Direito Comparado¹¹¹, toma as opiniões *prévias* como verdadeiras, obtendo com isso *mal - entendidos* que seriam

Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 89-126

¹⁰⁸ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro .2003, pg.75.

¹⁰⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro .2003 pg.75.

¹¹⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro .2003, pg 75.

¹¹¹ Realizei pesquisa na qual pude perceber que a análise comparativa de alguns institutos jurídicos estrangeiros, feitos autores nacionais, estava eivada da visão etnocêntrica, por conseguinte detendo uma compreensão errônea a respeito dos sistemas jurídicos em análise. Nesse sentido vale a pena conferir: FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. ed, Lumen Júris. 2004.e do mesmo autor: *Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos E.U.A e do Brasil*, pg. 53-64, In Juizados Especiais Criminais, Sistema judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares/ Maria Stella Amorim, Roberto Kant de Lima, Marcelo Baumann Burgos (org) – Niterói: intertexto 2003.

superados quando do exercício do círculo hermenêutico ou do próprio método comparativo aplicado pela antropologia.

À afirmação antropológica que se segue cabe bem a reflexão crítica do Direito Comparado, quando em sua análise busca as semelhanças dos sistemas jurídicos:

*Todo sistema cultural tem sua própria lógica e não passa de um ato primário de etnocentrismo tentar transferir a lógica de um sistema para outro.*¹¹²

O direito como uma cultura possui assim suas peculiaridades, mesmo quando sob forte influência de outros sistemas como, por exemplo, em razão das fontes colonizadoras Brasil – Portugal; EUA – Inglaterra, os sistemas jurídicos sofrem mutações por força da cultura de cada sociedade, o que os torna diferentes e não idênticos.

Percebe-se então que, o estudo do Direito Comparado produzido hodiernamente nos textos dos autores consultados, não encontra critérios consensuais em sua elaboração intelectual, não se libertando da sobreposição de sistemas, bem como, não se vislumbra também o debate em torno da abertura à alteridade do objeto de pesquisa. Nota-se presente no Direito Comparado, o etnocentrismo na construção comparativa e a constante presença das concepções evolucionistas fundadas nas referências das ciências naturais.

Constata-se ausente, na estrutura da construção metodológica do Direito Comparado, a análise do *horizonte histórico*, na vertente da Hermenêutica Filosófica, a partir das instituições jurídicas, bem como, exercício para a abertura à alteridade do texto e a tomada de consciência das *opiniões prévias* e dos *preconceitos*; por isso, é assíduo ao Direito Comparado a existência de *mal-entendidos*, assim como, a ausência de consensualização sobre preceitos fundamentais do campo.

Replicando às questões de início descritas, tem-se como resposta à primeira indagação que: não estão presentes, nem no debate nem na prática do Direito

¹¹² LARAIA, Roque de Barros, *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro .2003, pg.90.

Comparado, a orientação que prelineada pela Hermenêutica Filosófica quando da análise do objeto.

Em resposta a segunda indagação, verifica-se que as ciências sociais, a sociologia e mais precisamente a antropologia, disponibilizam instrumentos capazes à compreensão do objeto de forma mais próxima às vertentes da Hermenêutica Filosófica de GADAMER.

Por fim, ao insistir no afastamento dos outros campos do saber como a filosofia e das demais ciências sociais, o direito perde-se em elucubrações já há muito superadas por essas disciplinas. Por essas razões o presente trabalho abandonará as referências do direito comparado, para então analisar a questão da produção de verdade no direito processual penal brasileiro em comparação com do sistema norte americano estadunidense e canadense, partindo da metodologia da antropologia e da hermenêutica filosófica a partir de GADAMER.

CAPÍTULO II

SISTEMAS JURÍDICOS E A PRODUÇÃO DA VERDADE.

Dois sistemas jurídicos são freqüentemente tidos como referência para o direito. Tais sistemas denotam uma gramática própria de produção da verdade que representa a exteriorização de um modelo de exercício do poder. O primeiro é denominado sistema acusatório, o segundo é denominado sistema inquisitório. A tradição da *Civil Law* é um modelo jurídico muitas vezes identificado, pelos autores, com o sistema inquisitorial e a tradição da *Common Law* é identificada com o sistema acusatorial ¹¹³.

O sistema é chamado de acusatorial pelo fato de que quem acusa deve fazer a prova de suas alegações, neste a formulação da verdade é coletiva e dirigida a todos.

O sistema inquisitorial é o modelo em que à verdade é determinada por quem tem a autoridade de fazer a inquirição, neste modelo acredita-se que a verdade antes encoberta deverá ser descoberta por quem tem esta capacidade. Com efeito, é uma forma em que a verdade será revelada para aquele que realiza a inquirição, não sendo, portanto dirigida a todos, mas revelada a apenas um, que no caso é o magistrado.

2.1 Uma revisão dos antecedentes históricos

De acordo com MERRYMAN o sistema inquisitorial apresenta algumas características, dentre elas está a atenuação da figura do acusador particular passando a apropriação da acusação por oficiais públicos; em segundo, a conversão de um juiz imparcial por um ativo inquisidor que é livre para buscar evidências e para o controle objetivo da inquirição. Além disso, afirma o autor, a relativa igualdade entre as partes do sistema acusatorial, em que dois indivíduos contestam frente a um árbitro imparcial, é drasticamente alterada. No sistema inquisitorial, a contestação se dá entre o indivíduo e o Estado.

¹¹³ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969. Pg. 134.

Afirma o autor que historicamente o processo inquisitorial tem sido mais escrito e secreto do que público e oral. Alerta o autor, que o resultado do desequilíbrio do poder combinado com o segredo e com o procedimento escrito, cria o perigo de um sistema opressivo, em que os direitos dos acusados podem ser facilmente abusados ¹¹⁴.

MERRYMAN destaca que o movimento da *Civil Law* em direção aos extremos do modelo inquisitorial foi movido pelo reviver do direito romano e a influência dos procedimentos canônicos. O procedimento era escrito e secreto, o acusado não tinha direito a um advogado, ele poderia ser requisitado para testemunhar sob coação ou tortura. O juiz não era limitado ao exercício de um árbitro imparcial, mas atuava como uma parte ativa no procedimento. ¹¹⁵

Segundo o autor, o resultado do trabalho de Beccaria no século XVIII e outros no século XIX, em um sentimento contra os abusos dos procedimentos criminais, foi muito intenso e as reformas nos nestes procedimentos tornou-se um dos principais objetivos das revoluções européias. Segundo o autor, na Inglaterra, por exemplo, a reforma versou mormente sobre tais pontos: 1) instituição do júri.; 2) substituição pelo procedimento público e oral em lugar do procedimento escrito e secreto; 3) estabelecimento do direito do acusado a um advogado; 4) restrição dos poderes inquisitórios do juiz; 5) abolição do testemunho sob coação do acusado; 6) abolição da intervenção do soberano no processo criminal, por consequência, a penalidade deste e o seu perdão. ¹¹⁶

A França, em razão da resistência em adotar o procedimento do modelo inglês, teve a instauração de um procedimento misto, com elementos pré-revolucionários e elementos da revolução francesa.

Segundo MERRYMAN, o procedimento da *Civil Law* no mundo pode ser dividido em três partes básicas: a fase de investigação, a fase de exame e a fase de julgamento. A fase investigativa vem sob a direção de um promotor público, que

¹¹⁴ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969. Pg. 135.

¹¹⁵ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969. Pg. 136

¹¹⁶ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969. Pg. 136-137

participa ativamente da fase de exame, que é supervisionada e examinada por um juiz. A fase de exame é primariamente escrita e não é pública.¹¹⁷

O autor de referência no direito brasileiro em matéria de provas, MALATESTA, constrói a mesma idéia do autor anglo-saxão e afirma que o sistema acusatório tem origem histórica na luta entre particular contra particular, inspirado na paridade ente acusador e acusado, já o sistema inquisitorial tem seu fundamento na luta judiciária do Estado contra o particular e inspira-se na superioridade da acusação sobre a defesa, todavia, ressalta que tal modelo “*é pouco escrupuloso quanto a investigação da verdade favorável ao acusado*”¹¹⁸.(sic); segue o autor afirmando que o sistema misto é o sistema processual que prevalece e se caracteriza por uma fase inquisitória e uma segunda acusatória.¹¹⁹

O autor JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR assim, atribui aspectos do antigo direito romano para justificar o surgimento do sistema misto:

*“Na época imperial, porém, a inquisitio ,posto que limitada a atos de investigação e de segurança, era feita antes da accusatio, para assegurar a repressão dos crimes, e somente na falta ou insuficiência do acusador ou dos ofendidos; afinal, foi conferido ao procônsul ou chefe das províncias a atribuição de proceder ex-officio, mesmo sem accusatio, até o ponto de ser o processo levado à audiência do julgamento, isto é, apenas para os atos da instrução; e, desde que o processo era levado à audiência para julgamento, era imprescindível a nomeação de um accusator, para sustentar publicamente a prevenção e o processo. É o germe do sistema misto, modernamente adotado”*¹²⁰

¹¹⁷ MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Standford University Press, California 1969. Pg. 137

¹¹⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 134

¹¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 134

¹²⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.,. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959, p. 225

Segundo o mesmo autor, o processo inquisitório retirava a ação das mãos das partes e passava para as mãos do magistrado, dando ao juiz o poder, não mais de julgar somente, mas também o poder de dirigir e provocar *ex officio* os atos da instrução; fato este ainda fortemente presente no direito brasileiro nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. O processo, essencialmente secreto, não faz pesar nenhuma responsabilidade sobre o inquiridor.

A acusação, segundo ALMEIDA JÚNIOR, se limitava a pôr o juiz em movimento auxiliando o juiz ou inquiridor na pesquisa de provas:

*“Assim estabelecido o processo escrito, a acusação formal da parte ou da justiça, por um promotor, só era estabelecida para depois que a formação da culpa, feita inquisitorialmente, em processo sumário, iniciado ou por inquirição secreta nos casos de devassa, ou por querela do ofendido, ou de qualquer do povo no interesse público, ou por simples denúncia de crime público, estivesse encerrada.”*¹²¹ (grifo nosso).

Continua o autor afirmando, que somente a partir desse momento, posto que em forma escrita, seguia-se um processo aberto e ordinário com contestação, réplica, tréplica, dilação e provas, alegações finais, podendo haver a defesa e perguntas ao réu em qualquer estado da causa antes das alegações finais e da sentença.¹²²

Destaca ALMEIDA JÚNIOR que o Processo Criminal brasileiro subordinou a formação da culpa mais ao procedimento inquisitório do que ao procedimento acusatório¹²³. Tal fato se mantém presente até os dias atuais.

Quanto às diferenças entre sistemas, ALMEIDA JÚNIOR contrasta o sistema jurídico acusatorial ao sistema jurídico inquisitorial:

¹²¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959, p.227

¹²² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959, p.227

¹²³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959 p. 232.

1.º) “o sistema acusatório admite, em geral, uma acusação formulada no ingresso da instrução, instrução contraditória, defesa livre de debate público entre o acusador e o acusado, ao passo que o sistema inquisitorial procede a pesquisas antes de qualquer acusação, substitui à defesa o interrogatório do indigitado, ao debate oral e público as confrontações secretas das testemunhas e, em geral, a instrução escrita e secreta às informações verbais.

2.º) o sistema acusatório, subordina-se ao método sintético, afirma o fato e, enquanto não prova, o acusado é presumido inocente; o sistema inquisitório, subordinando-se ao método analítico, não afirma o fato, supõe a sua possibilidade e probabilidade, presume um culpado, busca e colige os indícios e as provas.

3.º) O sistema acusatório propõe-se a fazer entrar no espírito de luz a convicção da criminalidade do acusado; o sistema inquisitório propõe fornecer ao juiz indícios suficientes para que a presunção possa ser transformada em realidade.

4.º) Enfim, um se preocupa principalmente do interesse individual lesado pelo processo, outro se preocupa principalmente do interesse público lesado pelo delito”.¹²⁴ (grifo nosso)

Continua o autor ALMEIDA JÚNIOR destacando algumas características do sistema acusatorial presente no antigo direito romano:

¹²⁴ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959, p. 228.

*“Inscrita a accusatio, o acusador recebia do magistrado uma comissão (legem) com poderes para o inquérito e com fixação de um prazo, dies inquirendi, para proceder às diligências. Esta comissão, verdadeira delegação do poder judiciário, dava ao acusador o direito de dirigir-se aos lugares, coligir indícios, visitar e ouvir testemunhas, notificá-las para o comparecimento no dia do julgamento, proceder a arresto de documentos e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações; e mesmo a buscas e apreensões penetrando na casa do acusado e de seus amigos, para que, no caso de resistência recorria o magistrado do lugar. Esta inquisitio era contraditória, isto é feita pelo acusador em presença do acusado...”*¹²⁵

Nesta perspectiva, verifica-se que o sistema anglo-saxão estadunidense e canadense se aproximam mais do modelo acusatorial e o sistema brasileiro se aproxima mais do sistema misto, conforme demonstraremos.

2.2 A construção da verdade jurídica processual a partir dos padrões de prova no direito anglo-saxão.

De acordo com GARDNER os acusados nos casos criminais no direito anglo-saxão são presumidos inocentes até que a acusação prove a culpa, através do uso da evidência e testemunhas apresentadas durante o processo. Continua o autor afirmando que o ônus da prova é sempre do Estado (ou governo).¹²⁶

¹²⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p. 224

¹²⁶ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 29.

O autor estadunidense GARDNER¹²⁷ e jurisprudência canadense¹²⁸ afirmam que direito anglo-saxão da *Common Law* se afasta do modelo da *Civil Law*, a exemplo o Brasil, na medida em que não admite uma busca de uma “verdade real”, como no sistema brasileiro. A idéia dos padrões de prova para esse sistema representa, no campo criminal, a manutenção das garantias processuais das pessoas acusadas sobretudo a presunção de inocência.

De acordo com GARAPON e PAPADOPOULOS, no direito anglo-saxão estadunidense existem três padrões de prova, que no Canadá são equivalentes. Em matéria penal a acusação no caso dos EUA, que corresponde a Promotoria e no caso canadense a Coroa, a prova a ser estabelecida deve ser aquela que se localize o mais próximo possível de uma certeza, ou seja, a prova de cada elemento constitutivo da infração penal (intenção, materialidade e identidade do autor) deve ser estabelecida para além de uma dúvida razoável “*beyond reasonable doubt*” categoria existente também no sistema canadense com semelhante representação, que segundo GARAPON e PAPADOPOULOS corresponderia a aproximadamente uma prova que trouxesse aproximadamente 75 % certeza.

Essa perspectiva no direito anglo-americano difere os casos cíveis, no EUA e no Canadá, onde determina um padrão de exigência consideravelmente menor; o padrão de prova para as questões cíveis é o da preponderância da prova “*preponderance of the evidence*” ou “*fair preponderance of the evidence*” que no Canadá equivale ao *balance of probabilities*, que exige que a prova, para ser admitida tem que ultrapassar a probabilidade de verossimilhança de 50%.

Segundo GARAPON e PAPADOPOULOS, esse padrão de prova na esfera civil, coloca as partes em posição de simetria. Por tal razão, destaca o autor PACIOCCO que no âmbito cível não operam as mesmas garantias que no processo penal, a exemplo, da presunção de inocência.¹²⁹

O terceiro padrão adotado, também para alguns casos cíveis, pelo sistema dos EUA é o da prova clara e convincente “*clear and convincing evidence*”. Esta, segundo

¹²⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 29.

¹²⁸ Caso : R. v. Lifchus, 1997- capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.htm>

¹²⁹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 80

o autor, se situaria entre os dois extremos, em um nível de 60 a 65 % de probabilidade.

¹³⁰ No sistema norte americano, dos EUA e do Canadá, a atuação da defesa recai preponderantemente na busca da desqualificação das provas da acusação, afirmando não ter o Ministério Público alcançado o padrão de prova exigido pelo Direito Criminal “*beyond reasonable doubt*”.

No âmbito criminal perdura uma maior exigência no que tange aos padrões de prova, que como já dito, representam uma constatação para “além de uma dúvida razoável”. Este nível de prova, segundo GARDNER, é o mais alto requerido pelo direito, em qualquer tipo de caso. Isso significa que a evidência apresentada durante o julgamento deve convencer a um júri ou a um juiz a sobre descoberta de um fato, sobre a culpabilidade do acusado. Não significa que a evidência deve mostrar que o acusado é culpado além de qualquer dúvida, nem requer que a evidência seja de absoluta certeza da culpa do acusado. O ônus que recai sobre o Estado é o de provar a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável ¹³¹, tal representação não se aproxima da verdade admitida no sistema brasileiro.

Como afirmado, em regra, o acusado não tem que fazer nada, e o Estado tem que fazer prova além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt.*) Caso a defesa tenha a necessidade de realização de provas, o padrão para esta será inferior: será o mesmo exigido para as questões cíveis, isto é “*preponderance of the evidence*” ou como no Canadá “*balance of probabilities*” . Assim, não incidirá para a defesa o mesmo padrão exigido para a acusação, pois caso contrário haverá violação do principio da presunção de inocência.

A atividade da defesa, no sistema anglo-saxão, pode incidir sobre dois aspectos principais: em primeiro lugar deve-se observar que, em razão do ônus da prova recair somente sobre o Estado, no direito do Canadá e dos EUA ao acusado não é exigido que prove a sua inocência¹³². Assim representa uma mera faculdade do acusado a possibilidade de exercer o direito de apresentar evidências contrárias às apresentadas pelo Estado, buscando demonstrar a sua inocência; bem como, poderá a defesa buscar

¹³⁰ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 108.

¹³¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 29.

¹³² NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*.California: Broooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 310

ativamente atacar, impedir ou minimizar as evidências do Estado, ou seja,¹³³ convencer o júri de que as provas apresentadas pela acusação não são suficientes para sustentar o padrão para “além de uma dúvida razoável”.

De forma contrária, para o sistema jurídico brasileiro, a perspectiva da verdade é indivisível. No processo brasileiro a verdade é também derivada de uma intuição, ao passo que no sistema estadunidense representa mais um resultado de administração de questões simples e precisas, exigindo respostas objetivas e claras de “sim” ou “não”¹³⁴.

O ônus da prova no direito anglo-saxônico é resultado do direito ao *due process of law*, onde o acusado tem instaurado o seu processo pela presunção de inocência, devendo o Estado provar a sua culpa,¹³⁵ bem como uma vez que a acusação tem a sua disposição a estrutura estatal e dos recursos financeiros, busca-se uma simetria entre as partes obrigando o Estado ter de fazer prova de suas alegações. No sistema brasileiro, o ônus da prova recai também sobre o indivíduo acusado, vez que o processo judicial se instaura com elementos decorrentes de uma investigação secreta, geralmente baseada no inquérito policial sem as garantias de defesa, determinado a presunção de veracidade da acusação, o que leva o acusado provar sua não culpa.

2.3 Alguns aspectos que orientam a sistemática do direito anglo saxão do EUA e Canadá.

LOUIS DUMONT caracteriza como holistas ou tradicionais as sociedades que valorizam em primeiro lugar a ordem e a conformidade de cada elemento ao seu papel no conjunto; nestas sociedades as necessidades do homem são ignoradas ou subordinadas, firmando a preponderância do todo sobre o individual. No plano lógico, esse modelo de sociedade implica a existência de um grau de hierarquia entre os indivíduos, o que reproduz uma desigualdade jurídica. A concepção individualista de

¹³³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 29.

¹³⁴ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 110-111

¹³⁵ FERREIRA, Marco Aurélio Goncalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*.ed, Lúmen Júris. 2004., p 72

sociedade é caracterizada pelo autor como aquela que valoriza em primeiro lugar o ser humano individual, assim cada ser humano é a encarnação da humanidade inteira e como tal é igual a qualquer outro e também livre; nestas, ao contrário, as necessidades da sociedade são subordinadas ao indivíduo.¹³⁶

A cultura jurídica anglo-saxônia é igualitária e individualista. A posição do direito é assecuratória da igualdade e se justifica na perspectiva de MARSHALL, quando demonstra que os direitos civis, políticos e sociais, respectivamente, que aparecem no século XVIII, XIX, e XX, surgiram para suportar a desigualdade própria do mercado, assim no âmbito dos direitos civis não há incidência da desigualdade social, mas da igualdade de direitos¹³⁷. Esta percepção igualitária dos direitos de cidadania impede, ao contrário do direito brasileiro, o reconhecimento da desigualdade existente no mercado como objeto de compensação no processo judicial, deixando para a esfera das políticas públicas governamentais o espaço de atuação das compensações de acesso aos direitos.¹³⁸

A percepção individualista do sistema estadunidense concretiza a igualdade na esfera dos direitos de cidadania associados à visão pragmática, onde as decisões judiciais são traçadas na perspectiva da preocupação dos impactos sociais.¹³⁹ Isto traz ao direito estadunidense certa previsibilidade que atende em determinada medida à lógica do mercado, que estabelece a confiança e a previsibilidade como fundamental para a circulação de bens¹⁴⁰, bem como atende à premissa científica que busca a previsibilidade dos fenômenos por ela estudados.

A presença da concepção individualista no sistema judicial estadunidense e canadense pode ser percebida na medida em que, em ambos os sistemas, o processo é uma garantia dos indivíduos cidadãos acusados, e se expressa como um instrumento contra o Estado e contra as pessoas, sendo dado às partes a construção da verdade processual, a exemplo, o instituto do *plea bargaining*, onde a culpa é negociada pelos lados envolvidos.

¹³⁶ DUMONT Louis em: *Homo Aequalis*. São Paulo, Editora EDUSC. P 14

¹³⁷ MARSHALL, T.H. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar editores.p 107

¹³⁸ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A difícil relação entre Igualdade, justiça social e políticas públicas no sistema de justiça brasileiro*. Trabalho apresentado no Congresso preparatório para o CONPEDI – Salvador. 2008.

¹³⁹ POSNER. Richard. *What Has Pragmatism to Offer Law?* 63 *University of Southern California Law Review* 1653 (1990)., 180-190

¹⁴⁰ WEBER. Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo* ed Martin Claret 2001 Pg .

Com efeito, segundo o autor GARDNER o interesse público na administração da justiça criminal é estabelecido a partir da salvaguarda dos direitos das pessoas acusadas de crimes ¹⁴¹. Para tanto, os indivíduos ocupam posições iguais no sistema judicial. Essa igualdade é expressa no modelo do sistema anglo-saxão que é denominado, por seus autores, de *adversarial system*. De acordo com o direito estadunidense e do Canadá, quando uma pessoa é acusada de um crime, o Estado, em alegação de culpa, torna-se seu adversário, sendo aquele representado na corte por um *prosecutor* ou *Crown* motor. De acordo com o sistema dos EUA o *prosecutor* está obrigado a buscar justiça e não meramente declarar a culpabilidade. Chama-se sistema adversário porque a acusação e a defesa são considerados adversários em um processo criminal, cabe a acusação provar a culpa e ao defensor a representação de seu cliente¹⁴².

De acordo com a constituição americana, em sua 5.a. emenda, o processo é um direito das pessoas acusadas, trata-se de um direito fundamental e individual do cidadão, porém disponível, onde o Estado tem o dever de provar suas alegações.

Assim, o único propósito do processo criminal é determinar se a acusação conseguiu estabelecer a culpa do acusado, nos parâmetros exigidos pela lei. Com efeito, neste sistema, por força da concepção igualitária, o juiz atua mais como um árbitro em meio a partes iguais do que um órgão decisório. Os adversários (*prosecutor* e advogado de defesa) se posicionam lado a lado e relatam os fatos do caso sobre diferentes perspectivas. Cada representante legal apresenta-se diante do Tribunal para expor as evidências e seus argumentos.

Afirmam o autor, que o julgamento do juiz, bem como o do júri, deverá ser imparcial. Para a validade das provas estas devem ser produzidas seguindo determinadas regras (*rules of evidence*) que também se revestem de uma garantia das pessoas acusadas. Dentro da estrutura das regras de evidência e das regras de procedimento da corte, testemunhas e evidências são apresentadas no julgamento. De acordo com os autores estadunidenses, sobre as testemunhas cabe o questionamento, e sobre as evidências cabe a impugnação. ¹⁴³

¹⁴¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 03

¹⁴² GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 08

¹⁴³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 08

O sistema anglo-saxão estadunidense apresenta um modelo de sistema acusatorial. De acordo com os discursos dos autores anglo-saxões, os EUA, e a maioria das democracias de língua inglesa do mundo, inclusive o Canadá, para o direito criminal, usam o sistema acusatorial nas investigações e nos processos criminais.

Segundo a Corte Suprema (caso *Rogers v. Richmond*) o sistema americano é acusatorial e não inquisitorial. Ressaltam os autores que o sistema estadunidense deve estabelecer a culpa através das evidências, e não pela prova obtida através de coerção ou com base no que o acusado não disse¹⁴⁴. Isso se justifica na medida em que o cidadão é o titular do direito ao processo, em um sistema que não busca a verdade real.

Segundo o autor GARDNER, no sistema acusatório os suspeitos e acusados tem o absoluto direito de permanecer em silêncio, bem como de permanecerem calados quando alguma comunicação pode incriminá-lo, ¹⁴⁵ se o acusado escolher permanecer em silêncio o Estado carrega o ônus de provar a sua culpa ara além de uma razoável dúvida – *beyond reasonable doubt*- usando as evidências obtidas de maneira a não violar os direitos dos suspeitos. ¹⁴⁶

Para o autor norte-americano a maioria dos países da Europa e outras democracias do mundo não usam o sistema acusatorial, mas o sistema chamado inquisitorial.

A percepção que os autores anglo-saxões trazem como distinção ente o sistema acusatorial e o sistema inquisitorial é o fato de que no sistema inquisitorial os acusados não têm o direito de permanecer em silêncio, bem como, em alguns países europeus, juízes especiais são responsáveis pela investigação de crimes considerados sérios e fazem questionamento de testemunhas e dos suspeitos. ¹⁴⁷ Esse entendimento se dá pelo fato de que o direito de permanecer calado no sistema estadunidense e canadense é um direito do cidadão, derivado da presunção de inocência, garantia fundamental. É daí que surge para o cidadão a liberdade de escolha do exercício do seu direito ao julgamento pelo júri ou um juiz, tendo o Estado o dever de provar a suas alegações.

¹⁴⁴ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 10

¹⁴⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 08

¹⁴⁶ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 10

¹⁴⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 10

Afirmam estes autores, que os países que usam o sistema inquisitorial acreditam mais na obtenção da prova pela confissão para resolver os crimes. A Suprema Corte americana expressou uma filosofia de forma contrária em 1964 no caso *Escobedo v. Illinois*.¹⁴⁸ Afirmou a Suprema Corte que a história antiga e moderna tem demonstrado que o sistema criminal de coação legal, dependente da confissão, em longo prazo é menos confiável e mais sujeito a abusos do que o sistema que depende da obtenção da evidência através de uma investigação hábil.¹⁴⁹

Segundo GARDNER, pela razão da garantia constitucional da presunção de inocência o sistema de justiça criminal usado nos EUA e no Canadá é um sistema acusatorial. O acusador deve carregar todo o ônus de provar a acusação, através do uso da evidência apropriada. O acusado, em regra, não tem que fazer nada. A obrigação está sobre o Estado para vir promover e carregar com evidências suficientes o ônus de provar além de uma dúvida razoável.¹⁵⁰

2.4 Alguns aspectos que orientam a sistemática do direito brasileiro.

Segundo ALMEIDA JÚNIOR a legislação inglesa adotou o sistema acusatório, enquanto a França adotou o sistema misto, este último, para o autor, adotado também pelo Código Criminal Brasileiro de 1841.¹⁵¹ Todavia, afirma o autor, que na tradição do sistema processual criminal brasileiro as formas de Direito Canônico tiveram decisiva preponderância, quer quanto à formação do processo escrito, quer quanto ao sistema inquisitorial.¹⁵²

O sistema jurídico brasileiro contemporâneo possui na fase preliminar o inquérito policial, explicitamente inquisitorial, e esta fase compõe o processo judicial

¹⁴⁸ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 10

¹⁴⁹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 10

¹⁵⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 29.

¹⁵¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p. 232.

¹⁵² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p. 97

misto em que se constata a presença mais significativa de elementos inquisitoriais do que de elementos acusatoriais.

Utilizando como parâmetro a análise de LOUIS DUMONT das sociedades tradicionais, podemos encontrar no sistema jurídico brasileiro características holísticas ou próprias da sociedade tradicional. O sistema jurídico nacional valoriza em primeiro lugar a ordem e a conformidade de cada elemento ao seu papel no conjunto. No direito brasileiro as necessidades do indivíduo são ignoradas ou subordinadas, firmando a preponderância do todo sobre o individual, atualizado na prevalência do chamado interesse público sobre o interesse individual. Motivo significativo para a difícil compatibilização dos direitos e garantias individuais com o interesse público do processo criminal brasileiro.

A cultura jurídica brasileira é hierárquica e desigual, mas ao mesmo tempo com presença de discursos que explicitam conceitos próprios do individualismo e da universalização de direitos, inerentes às sociedades igualitárias. A posição do direito nacional como assegurador da igualdade jurídica se justifica na perspectiva da compensação das desigualdades produzidas pelo mercado, assegurando privilégios legais, desconsiderando as políticas públicas governamentais como espaço por excelência de atuação das compensações de acesso aos direitos.¹⁵³ Este ideário encontra-se diametralmente oposto ao descrito por MARSHALL em seus estudos sobre a cidadania na Inglaterra.¹⁵⁴

A percepção hierárquica e inquisitorial do sistema brasileiro, que concretiza a desigualdade no processo judicial, com a concentração de saber e do poder na busca de uma verdade real única, induz uma imprevisibilidade das decisões judiciais, onde a ausência de consenso é percebida como positiva, fato que contraria a lógica do mercado, bem como das ciências naturais.

O interesse público sobrepõe-se ao interesse individual atribuindo privilégios ao órgão estatal do Ministério público¹⁵⁵ em oposição ao processo como salvaguarda dos direitos das pessoas acusadas. De acordo com o sistema brasileiro tanto a acusação

¹⁵³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A difícil relação entre Igualdade, justiça social e políticas públicas no sistema de justiça brasileiro*. Trabalho apresentado no Congresso preparatório para o CONPEDI – Salvador. 2008.

¹⁵⁴ MARSHALL, T.H. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar editores.p 107

¹⁵⁵ A exemplo, o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para responder art. 188 Código de processo Civil .

como a defesa devem provar suas alegações com exigência de idêntico nível de prova, tal fato configura o processo como um instrumento de controle pertencente ao Estado, onde o acusado se presume culpado até que se prove sua inocência.

O direito de permanecer em silêncio, que para os autores norte americanos é traço marcante do sistema acusatorial, apesar de constar na Constituição brasileira, este dispositivo não tem nenhum efeito, pois não existe no sistema penal brasileiro o crime de perjúrio ao acusado que falta com a verdade no processo.

O princípio da busca da verdade real atribui, ao mesmo juiz que julga a demanda, poderes de investigação, onde o processo representa o direito do Estado em instaurar a ação penal contra o cidadão, tendo este o dever de provar sua não culpa.¹⁵⁶

Apesar dos autores nacionais afirmarem categoricamente que o sistema jurídico brasileiro é um sistema acusatório, o mesmo possui inegáveis características inquisitoriais.

2.5 Traços de distinção do Sistema Criminal Brasileiro e do sistema Anglo- americano.

Uma importante diferença entre as características dos procedimentos do sistema criminal do Brasil, EUA e do Canadá está na concepção que utilizam para o uso da autoridade judicial.

No modelo da *Common Law* canadense e estadunidense a atribuição da produção da evidência fica cargo das partes. Quando o juiz intervém nos momentos preliminares é para decidir questões específicas, tais como: se o acusado deve ser levado a julgamento, se deve ser admitida a fiança, e também o quanto, se o mandato de busca ou apreensão pode ser admitido. O juiz não realiza atos de instrução processual, como no direito brasileiro, ele não decide em elementos de prova que ele tenha pessoalmente

¹⁵⁶ Tal aspecto foi também percebido em pesquisa empírica obtida por meio de entrevistas com juízes brasileiros a respeito do livre convencimento motivado. Dilemas da Decisão Judicial: As Representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Cap IV. TEIXEIRA MENDES Regina Lúcia. Tese de doutorado defendida na UGF em 2008.

levantado, mas nos elementos de provas trazidos a ele pelas partes. O magistrado obtém o substrato factual de sua decisão durante o julgamento (*Open court*)¹⁵⁷

Com efeito, segundo o autor DEL BUONO, os juízes canadenses não fazem investigações independentes da promotoria e da defesa, nem delegam esta função a agentes. No processo criminal do Canadá, O juiz é limitado a dirigir procedimentos, regulando os pontos da lei, assim como a admissibilidade da evidência; o magistrado em sessão sem o júri deve dar a sentença final sobre os fatos.¹⁵⁸

No Brasil, por outro lado, o procedimento judicial é uma inquirição judicial. Isto é os juizes tem o dever de investigar para além dos fatos trazidos pelas partes. De acordo com a doutrina brasileira, que veremos adiante, o juiz não pode esperar que a verdade surja da contensão entre as partes opostas. A investigação do magistrado já aparece desde as primeiras fases nos casos criminais mais sérios. No direito brasileiro, o juiz tem a expectativa de fazer uma investigação completa e suficiente para trazer a sua verdade e levá-la ao tribunal. O processo é dominado e presidido pelo juiz que pode pessoalmente inquirir as testemunhas, o acusado e trazer a evidência para a acusação e a defesa.¹⁵⁹

Há diferentes funções dos juizes que se desenvolvem nas diferentes teorias concernentes ao melhor meio de determinar a culpa dos indivíduos. Segundo o autor DEL BUONO, no modelo anglo-saxão canadense há a formação de um tribunal imparcial antes que as partes possam preparar seus fatos para apresentar suas proposições.¹⁶⁰ No sistema de justiça criminal do Brasil, o que acontece no processo é vitalmente afetado pela preparação do caso na fase preliminar do inquérito policial, onde muitas vezes há a presença da intervenção do funcionário judicial.

Segundo o modelo brasileiro é esperado do juiz a imparcialidade, para tanto ele possui largos poderes instrutórios. No direito criminal brasileiro o juiz pode conduzir energicamente a instrução em casos criminais, em contrapartida o juiz no direito anglo-saxão do Canadá e dos EUA não tem essa atribuição, pois as partes trazem os fatos de

¹⁵⁷ DEL BUONO. Vincent M. Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials. Toronto. Butter Worth. 1981 p.02

¹⁵⁸ DEL BUONO. Vincent M. Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials. Toronto. Butter Worth. 1981 p.02

¹⁵⁹ DEL BUONO. Vincent M. Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials. Toronto. Butter Worth. 1981 p.02-3

¹⁶⁰ DEL BUONO. Vincent M. Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials. Toronto. Butter Worth. 1981 p.02

forma a estabelecer um quadro para que juiz possa decidir a partir dos diversos pontos de vista levantados.

No modelo brasileiro dá-se uma grande relevância ao interrogatório do acusado, pois se acredita que o acusado é a pessoa que mais sabe sobre a questão, e sobre a verdade ou a falsidade das acusações. Com efeito, é minuciosamente interrogado na fase preliminar. De acordo com o autor supracitado, no sistema criminal do Canadá e dos EUA não há meios para obrigar ao acusado a falar se ele se recusar, isso se dá em razão do direito de permanecer calado, assegurado no direito anglo-saxão.

De forma contrária ao sistema anglo-americano, no Brasil em razão da ausência do crime de perjúrio ao acusado que falta com a verdade, não há obrigação de o policial informar ao acusado do seu direito de se manter calado no momento da sua prisão. Portanto, no sistema jurídico dos países da *Common Law* americana o acusado tem a qualidade de testemunha, todavia não está obrigado a falar, pois lhe é conferido direito ao silêncio.

O veredicto a ser proclamando no direito canadense pode ser: culpado, culpado por um delito menor, não culpado. Após a emissão do veredicto o acusado pode propor recurso para solicitar um novo julgamento. De acordo com os autores, sendo o acusado condenado, a corte deve determinar a sentença apropriada. A típica sentença inclui a *probation* (que equivale à suspensão condicional da pena) ou a pena de prisão.

No Canadá e nos EUA, segundo os autores consultados, existe uma maior discricionariedade do juiz quando na determinação da sentença, devendo considerar os antecedentes criminais, a conduta do acusado, bem como quaisquer outras circunstâncias atenuantes para determinar a sentença apropriada. No direito estadunidense não existe um guia para a fixação de sentença, o que não obsta a observância da jurisprudência, no entanto no Canadá os princípios gerais da sentença estão enunciados no próprio Código Criminal. Após a decisão é possível apelação da defesa ou da acusação.¹⁶¹

Um traço representativo da tradição anglo-americana está no fato de que estes institutos estão caracterizados sobre o conceito geral de *due process of law*, que

¹⁶¹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK & STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 13. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

segundo autores do Canadá, também determina que um suspeito não pode ser sujeito a interrogatórios policiais injustos. Para o direito anglo-americano o devido processo legal garante que o comportamento policial seja adequado a um padrão aceitável.

Afirma o autor PARKER, que é freqüente que alguns fatos possam parecer relevantes para a questão que a acusação deseja provar. Entretanto, o papel do juiz é o de regular a admissibilidade da evidência, sob o argumento de que podem ser injustos para o acusado ou que sua relevância não é proporcional à qualidade dos prejuízos.¹⁶²

De acordo com o autor McWILLIAMS, o processo criminal no Canadá, assim como no modelo Inglês, tem o propósito de decidir se a promotoria conseguiu provar que o indivíduo é culpado do crime de que é acusado, e não se o acusado é inocente. Assim sendo, no direito anglo-americano o veredicto não necessariamente significa que o júri está satisfeito com a inocência do acusado. Quando o acusado alega a sua não culpa, cria-se então uma demanda com a acusação. Segundo o autor, aquele que afirma ou acusa deve provar, e somente a acusação tem o dever de provar as alegações contra o acusado, como regra geral o acusado não precisa provar nada. Cada ingrediente essencial do delito precisa ser provado pela Coroa (*Crown Attorney*) para além de uma dúvida razoável, esse é o direito básico do acusado do benefício da presunção de inocência.¹⁶³

Para o procedimento do Canadá a acusação deve provar a culpa do acusado do delito específico em questão. Não pode, em regra, formar seu pedido de condenação simplesmente porque a evidência suporta um outro tipo de delito. De acordo com os autores, está vedado a acusação solicitar a condenação por outro crime, a não ser que tenha incluído na acusação.¹⁶⁴

No direito brasileiro a inquisitorialidade é o que possibilita o juiz deter atos de instrução, portanto detentor do saber e do poder de determinar a verdade processual. Com efeito, é permitido ao juiz no direito brasileiro, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, atribuir definição jurídica diversa da acusação, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

¹⁶² PARKER Graham, *An introduction to Criminal Law*. second. edition. 1933., p 23-24.

¹⁶³ McWILLIAMS. *Canadian Criminal Evidence*. second Ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, c 1984, p 03

¹⁶⁴ McWILLIAMS. *Canadian Criminal Evidence*. second Ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, c 198, p 06

No sistema jurídico anglo-americano há regras de evidência, que são designadas para testar a fidedignidade dos dados da acusação ou a defesa, que deseja apresentar na corte, a exemplo a regra do *hearsay* (ouviu falar) que é uma evidência de segunda ou terceira mão e por essa razão apresenta restrições ao seu uso por não poder ser testada através do *cross-examination*, uma vez que a pessoa que originariamente percebeu o dado não está presente na corte.

Tais distinções demonstram a diferente estrutura de funcionamento desses sistemas o que dificulta uma aproximação desses modelos através da importação de institutos jurídicos.

CAPÍTULO III

***BEYOND REASONABLE DOUBT* E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

No direito anglo-saxão estadunidense o princípio da presunção de inocência (*not guilty*) é derivado do *due process of law* e extraído do direito de permanecer calado (*right to stay mute*).

3.1 Contextualização da presunção da inocência na tradição anglo-saxônica.

De acordo com a tradição jurídica anglo-saxônica, até a metade do século XVIII, a recusa por parte do acusado a submeter-se a julgamento era entendida como confissão de sua culpabilidade. Assim, a tradição jurídica determinava que a estes acusados fossem aplicadas as penalidades de prisão que consistiam em tortura, que acabavam por matar os acusados que insistiam em permanecer calados ou se recusavam a ser julgados. Desta forma, estava convencionado que, quando as pessoas acusadas de crimes dolosos ou de conspiração insistissem em permanecer caladas, esta recusa deveria ser entendida como uma confissão.

Somente na primeira metade do século XIX ficou estabelecido que quando um indivíduo, acusado de um crime, recusava-se a responder às acusações que lhe eram imputadas, uma afirmativa de “não culpado” (*not guilty*) deveria ser feita por um terceiro interveniente em seu lugar, com o mesmo peso e efeito que se o próprio indivíduo acusado tivesse dito e assim dando prosseguimento ao julgamento pelo júri (*trial by jury*), estabelecendo-se desta forma a regra nos moldes em que prevalece até o momento na jurisdição dos Estados Unidos da América e do Canadá.¹⁶⁵ Por tal razão que, no direito anglo-saxão, o processo se instaura pela presunção de inocência.

Com efeito, se o acusado no sistema do Canadá e dos EUA optar em ficar calado frente à acusação do Estado, então o processo judicial se instaura e a acusação

¹⁶⁵ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro. Lúmen júris. 2004. p 27-28.

fará a sua alegação formal, devendo provar a culpa do acusado frente a um corpo de jurados ou diante de um juiz. Tal direito surge como uma garantia de não ser punido pelo Estado de forma arbitrária. No *due process of law* o processo é um direito subjetivo do acusado, que poderá renunciá-lo a qualquer momento, e fazer um acordo com a acusação antes da decisão final. Por tal razão, o processo judicial criminal anglo-saxônico se instaura pela presunção de inocência. A obrigação de provar compete unicamente ao Estado em decorrência da simetria buscada neste sistema, vez que a acusação detém o aparato estatal para a persecução penal; a avaliação da evidência será a favor da defesa caso a acusação não chegue a alcançar o padrão, para além de uma dúvida razoável, exigido para o direito criminal.

A garantia à presunção de inocência nos Estados Unidos não é explícita como no sistema jurídico do Canadá, ela tem sido obtida através da leitura do “*due process*”, provisão prevista na carta de direitos americana - *American Bill of Rights*- contido na quinta e décima quarta emenda à Constituição dos EUA.

No direito Canadense o dispositivo anuncia-se de forma expressa no texto da sua Carta de Direitos, onde dispõe no item 11 que: Qualquer pessoa acusada por um crime tem o direito de ser presumida inocente até que se prove a culpa, com uma audiência justa e pública e com um tribunal independente e imparcial.¹⁶⁶

De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte do Canadá decidida no caso *R. v. Lifchus*, o direito a presunção de inocência até que se prove a culpa requer para o sistema jurídico canadense pelo menos que: 1) Seja provada a culpabilidade o acusado nos parâmetros para além de uma dúvida razoável 2) O Estado carregue o ônus da prova e 3) As persecuções criminais devem estar de acordo com procedimentos legais e justos.¹⁶⁷

Assim, segundo a jurisprudência da Suprema Corte do Canadá a idéia de que o ônus da prova que recai sobre o Estado (*Crown Attorney* no Canadá e *District Attorney* nos EUA) de provar a culpa do acusado no limite de para além de uma dúvida razoável

¹⁶⁶ 1. Any person charged with an offence has the right : d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing. Livre tradução do autor. Capturado no site <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/#garantie>

¹⁶⁷ Caso : *R.v. Oakes* 1997 - Suprema corte do Canadá. Capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1986/1986rcs1-103/1986rcs1-103.html>

(*beyond reasonable doubt*) está diretamente ligado ao *standard* da presunção de inocência.¹⁶⁸

Com efeito, o Estado através da polícia, faz as devidas investigações, levantando elementos que podem ser evidências de crime, sem materializá-los e sem valor de prova nesta fase, pois a evidência somente será considerada prova, no direito anglo-americano, para ser utilizada em processo, se esta passar pelo crivo das regras de exclusão de evidência.¹⁶⁹

No sistema estadunidense a acusação chama o acusado, que juntamente com o juiz, faz a proposta de negociação da culpa (*plea bargaining*), negociando assim a verdade processual. O acusado poderá aceitá-la, rejeitá-la ou ficar calado; nos dois últimos casos terá então o direito ao processo, onde a acusação terá que se esforçar para provar a culpa do acusado para além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*). Caso contrário, perderá a demanda.

Com efeito, de acordo com GRIFFITHS e CUNNINGHAM, no *plea bargaining* o acusado abdica do seu direito ao processo, que impõe à acusação o ônus da prova, em troca de benefícios¹⁷⁰. Percebe-se então, que a submissão da acusação ao processo, com o fim de provar a culpa além de uma dúvida razoável, estimula o Estado à proposição da negociação da verdade.

Portanto, a defesa pode não produzir prova alguma. Pode apenas desqualificar as provas da acusação, buscando alcançar um padrão inferior de prova. Assim, a acusação busca a prova para além de uma dúvida razoável, se a defesa alcançar o nível inferior a apenas uma dúvida razoável, vencerá a demanda, em razão da acusação não ter alcançado além de uma dúvida razoável. Assim, o trabalho da defesa consiste em tentar a todo tempo produzir uma dúvida na “certeza” produzida pela acusação. Portanto, percebe-se que o processo judicial criminal anglo-americano lida a todo tempo com o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, a dúvida do padrão de prova da acusação pesa sempre a favor do réu.

¹⁶⁸ Caso : R. v. Lifchus, 1997- capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html>

¹⁶⁹ No Canadá as regras de evidência estão dispostas no *Evidence Act*, já no direito estadunidense essas regras provém da jurisprudência e da lei, bem como por exemplo: a *Federal rules of evidence*.

¹⁷⁰ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

No julgamento pelo tribunal do júri, o juiz que preside o julgamento tem que informar claramente aos membros do júri sobre uma série de regras de devem observar antes de dar o seu veredicto, como por exemplo, a respeito da presunção de inocência e o ônus da acusação em realizar a prova da culpa do acusado para além de uma dúvida razoável;¹⁷¹ caso não o faça, a referida decisão poderá ser reformada em Tribunal Superior de apelação e ordenado um novo julgamento.

Com efeito, a Suprema Corte do Canadá determinou no julgamento do caso *R. v. Lifchus* que : 1) O *beyond reasonable doubt* é um padrão da prova que está intrinsecamente ligado com o princípio fundamental aplicado em todos os julgamentos criminais, o da presunção de inocência; 2) O ônus da prova recai somente sobre a acusação no decorrer do processo e jamais se desloca para os acusados; 3) uma dúvida razoável não é uma dúvida baseada simpatia ou preferências; 4) Em vez disso, ela se baseia na razão e no senso comum. 5) Logicamente é ligada a existência ou ausência de provas; 6) A prova não envolve a busca de uma certeza absoluta, tampouco não é prova sem nenhuma dúvida, nem é uma dúvida imaginária ou frívola. É necessário além de uma probabilidade de culpa; 6) Um júri que concluir que o acusado somente é provavelmente culpado deve absolvê-lo.¹⁷²

Com efeito, o padrão de prova conhecido como *beyond reasonable doubt* (para além de uma dúvida razoável,) está intimamente interligado ao princípio fundamental da presunção de inocência até que se prova a culpabilidade do acusado, aplicado em todo o processo penal;

Como já afirmado, de acordo com a Suprema Corte do Canadá, no caso *R. v. Lifchus*, o ônus da prova recai sobre a acusação durante todo o julgamento e nunca muda para o acusado; para a Corte uma dúvida razoável não é uma dúvida com base em simpatia ou preconceito, mas sim, ela é baseada na razão e no senso comum. Não envolvendo uma prova de certeza absoluta, não é prova para além de qualquer dúvida nem é um imaginário ou dúvida frívola. É necessário mais do que uma prova de que o

¹⁷¹ Caso : *R. v. Lifchus*, 1997- capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html>

¹⁷² Caso: *R. v. Lifchus*, 1997- capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.htm>

acusado é provavelmente culpado. Se caso um júri concluir que o acusado é provavelmente culpado, então esse júri deve absolvê-lo.¹⁷³

Segundo PACIOCCO, o ônus da prova descreve quem tem a obrigação de satisfazer o julgador na matéria em questão. A parte que carrega o ônus da prova deve apresentar a prova em primeiro lugar e vai perder a questão se não atender este ônus de provar.¹⁷⁴

De acordo com o autor, o ônus da prova pode se deslocar de um lado para o outro durante o processo, dependendo da matéria e da questão. Por exemplo: Se o acusado deseja excluir uma evidência que considera que foi obtida por meio ilegal (inconstitucionalmente), o ônus da prova passa a ser do acusado para provar a questão. Ocorre, que não será exigido ao acusado a prova para além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), mas sim em um padrão inferior, que represente o equilíbrio de probabilidades (*Balance of probabilities*)¹⁷⁵ que no direito dos EUA corresponde ao padrão *preponderance of the evidence*¹⁷⁶. Assim, os sistemas de justiça criminal do Canadá e dos EUA conseguem manter durante o curso do processo a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

3.2 A presunção de inocência no direito brasileiro.

Os autores nacionais, a exemplo TOURINHO FILHO, identificam o princípio da presunção de inocência, no direito brasileiro, como possuidor da mesma identidade do direito anglo-saxão, ou seja, para a doutrina “*Este princípio nada mais representa que o coroamento do due process of law*”¹⁷⁷. Remetem também, os autores, a fonte do referido princípio, à declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, bem como à declaração de 1948 da ONU.¹⁷⁸

¹⁷³ Caso R. v. Lifchus, [1997] 3 S.C.R. 320. capturado do site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html>

¹⁷⁴ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 430

¹⁷⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 431

¹⁷⁶ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 22.

¹⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 28

¹⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 29.

Todavia, ao mesmo tempo em que invoca as referências do direito anglo-saxão, bem como das declarações de direitos, a doutrina brasileira atualiza o referido instituto de uma forma contrária a essas referências. Assim, nas palavras de TOURINHO FILHO, “*Claro que a expressão ‘presunção de inocência’ não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível os inquéritos ou processo em relação a uma pessoa inocente*”.¹⁷⁹

Os autores de maneira geral extraem o princípio da inocência da Carta Magna de 1988 que determina no artigo 5.o. Inc. LVII: *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

Segundo o autor FERNANDO CAPEZ, o princípio denomina-se estado de inocência, e descreve que a presunção de inocência no direito brasileiro se desdobra em três aspectos: “*a) no momento da instrução processual, com presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo, como à análise da necessidade da prisão processual.*”¹⁸⁰

Para a construção da presunção de inocência o autor MALATESTA constrói a idéia de um princípio ontológico, assim determina que: “*A experiência mostra-nos que são, felizmente, em numero muito maior os homens que não cometem crimes do que aqueles que os cometem; a experiência afirma-nos por isso que o homem ordinariamente não commette acções criminosas, isto é, que o homem ordinariamente é innocente: e como o ordinário se presume a innocencia por isso presume-se*”¹⁸¹.
Todavia, segue o autor italiano em uma unicidade de pensamento com o direito brasileiro, quando afirma que:

“Mas a afirmação de innocencia não demonstra senão a inanidade do inicio do julgamento; porquanto o procedimento penal não se inicia por certo com o fim de se afirmar a innocencia de um homem, para dar-lhe o

¹⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 29.

¹⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008, pg 44.

¹⁸¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 167-168

prazer de não ser suspeito de criminalidade. Se o julgamento tivesse em vista este fim academico, seria necessario, para cada delicto commettido por autor desconhecido, instaurar tantos processos quanto são os individuos que constituem a sociedade, se nenhum particularmente suspeitado, ou quantos são os particularmente suspeitados, no caso de os haver; para dar a cada um a amarga satisfação de se ver declarar innocente, depois de ter sofrido todos os inevitáveis vexames precedentes.”¹⁸²(sic)

De forma contrária do direito anglo-saxão, onde o processo se instaura sobre a presunção de inocência, afirma MALATESTA, autor, de referência para o direito brasileiro, que: *“O juízo penal só se instaura quando exige a fé de poder chegar á verificação da criminalidade, para que se faça justiça.”¹⁸³(sic.)*

Segundo esta lógica, o direito brasileiro afirma presunção de culpabilidade na instauração do processo judicial pelo chamado princípio do *in dubio pro societate*, bem como durante todo o seu curso onde a defesa necessita fazer prova no mesmo parâmetro que a acusação, sendo conseqüentemente a presunção de inocência de difícil acomodação no sistema jurídico nacional; fato que exige um esforço argumentativo, dos autores nacionais, pouco explicativo e mais justificador das antinomias. Assim afirma RANGEL: *“o magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta jûris tantum, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença do tribunal.”¹⁸⁴*

Continua o autor: *“Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal.”¹⁸⁵.*

¹⁸² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 178

¹⁸³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, 178.

¹⁸⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007, pg. 24.

¹⁸⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007, pg. 24

A ausência de uma tradição histórica do instituto da presunção de inocência impõe a problemática de sua concretização no direito brasileiro, assim o referido instituto é aceito por ser apresentar, não como uma lógica a partir de determinadas escolhas, mas por ser uma ordem revelada que deve ser aceita, por figurar no texto constitucional. Nesse sentido, para o autor TOURINHO FILHO a presunção de inocência apresenta-se como um dogma de fé:

186

Da análise destes pressupostos é possível verificar o antagonismo na estrutura de pensamento próprio do sistema anglo-americano do Canadá e estadunidense com o modelo processual criminal brasileiro.

Primeiramente, cabe destacar que não existe no direito nacional brasileiro a idéia relacionada a padrões de prova, ou seja, não há a idéia de parâmetros de prova ou certeza que determinem que a acusação deva se esforçar para alcançar, tampouco que nível de prova cabe a defesa. O direito brasileiro lida com a idéia da verdade real, herança dos procedimentos inquisitoriais, o que explica a inexistência de tais parâmetros de certeza que devem ser constituídos ou desconstituídos, próprios de uma lógica que busca elaborar uma verdade através da argumentação e da participação das partes envolvidas e não de buscar, como no sistema de justiça brasileiro, uma verdade previamente existente, que deve ser descoberta pelo magistrado no confronto do contraditório.

Com efeito, dentro da lógica da tradição anglo-saxônica não recai sobre acusado a obrigação de produzir a prova, pois toda atividade de defesa está ligada de forma explícita e direta, à desconstituição do parâmetro *beyond reasonable doubt* (para além de uma dúvida razoável), exigido à acusação. Este é o ônus da prova que carrega a acusação, e caso não consiga convencer o júri ou ao juiz da culpa do acusado, nos parâmetros de para além de uma dúvida razoável, a acusação perderá sua causa.

A defesa no direito brasileiro apresenta contornos diversos. Em razão da seqüência de atos do procedimento criminal, com inquérito sem contraditório, denúncia instaurando o processo em seguida e a defesa preliminar, impõe ao acusado a necessidade de fazer a contraprova das alegações e provas produzidas e documentadas,

¹⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 633.

previamente apresentadas pela promotoria, em um processo judicial já devidamente instaurado, com a acusação formalizada.

A evidência no direito anglo-saxão somente será considerada prova se passar pelo crivo das regras de evidência em audiência preliminar pré-processual. Assim, há a consesualização sobre o que será considerado fatos no processo, elemento essencial a construção a verdade pela argumentação. Por isso, no direito anglo-americano as provas estão sujeitas ao exame que é feito pelas partes em audiência judicial pública (*examination*).

No sistema processual penal brasileiro, a defesa do acusado deve incidir diretamente sobre os indícios que foram obtidos e documentados pelo Estado, de forma secreta em inquérito policial. A ausência de um acordo mútuo sobre o que será considerado fato possibilita tais indícios serem considerados desde já como provas. Contra os indícios previamente apresentados pela acusação, que são inseridos no processo formalmente instaurado, deve a defesa apresentar o contraditório no intuito de desconstituí-los, apresentando uma nova versão dos fatos e trazendo ao processo provas às alegações. Por não haver consenso, no direito brasileiro, não há construção da verdade pela argumentação.¹⁸⁷

No sistema processual anglo-saxão, em razão da presunção de inocência, a defesa tem a mera faculdade de apresentar as provas, tal fato tem por principal a finalidade de desconstituir o padrão de prova exigido para uma condenação, para um nível inferior não admitido na esfera criminal, alcançando desta forma a absolvição do acusado. Basta a defesa alcançar apenas uma dúvida razoável ou uma mera probabilidade para conseguir a absolvição do acusado. Para tanto, o magistrado no Tribunal do Júri exerce a atividade de orientar os jurados sobre a presunção de inocência e o padrão de prova que a acusação deve alcançar. Ressalte-se que é mera faculdade da defesa apresentar evidências, pois o ônus da prova é preferencialmente da acusação.

No direito brasileiro o júri não recebe instruções sobre os parâmetros que deve seguir para o seu julgamento, e a ausência de padrões de verdade exige que a defesa se esforce da mesma forma que a acusação, no que tange a produção da verdade. Tal fato é

¹⁸⁷ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 76

impeditivo à constituição da presunção de inocência no decorrer do processo judicial brasileiro. Assim, o princípio da presunção de inocência no direito brasileiro toma feições teratológicas, como um dogma estranho a sua tradição jurídica.

3.3 Análise da lógica que orienta o processo penal brasileiro.

A importância da análise dos princípios do processo penal se dá pelo fato de que, segundo autores como TOURINHO FILHO, estes são norteadores da política processual penal¹⁸⁸. Estes princípios se confluem com os outros princípios que orientam especificamente a produção e a validade das provas.

Neste momento passa-se a algumas análises dos princípios orientam todo sistema processual penal brasileiro, sem, no entanto, esgotar todas as hipóteses. Pretendemos enumerar somente algumas destas que são apresentadas de forma uníssona pelos autores de maior consenso, porém traçando sua distinção com a tradição da *Common Law*.

3.3.1A lógica do princípio da Verdade Real.

O debate em torno da verdade na filosofia se desdobra em diversas concepções¹⁸⁹. O direito, ao contrário de outros ramos do saber, não obtém sua verdade através do fato empírico, como por exemplo, na física ou na biologia, na medida em que em sua sistemática o fato será sempre uma representação da realidade, visto que o ocorrido passa ser um fato histórico, portanto, sua reprodução será sempre uma representação desse fato.

O pensamento filosófico, nesta hipótese, descarta a possibilidade de um conhecimento puro da realidade, não somente pelo fato do ocorrido ser sempre uma representação, mas também pelo fato de que o intérprete do fato histórico é também um

¹⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 16

¹⁸⁹ CHAUI, Marilena - *Convite a Filosofia*, São Paulo. ed. Ática. 2000. pg. 122.

sujeito histórico¹⁹⁰. Assim, a filosofia considerando a compreensão como o resultado do encontro dessas realidades, é que se torna inatingível a chamada verdade real, idéia presente e valorizada no direito brasileiro. Importante ressaltar, que não se trata aqui de afirmar que no direito inexistam uma verdade, mas sim, que está não pode ser admitida nos padrões metodológicos da ciência¹⁹¹, não havendo conseqüente possibilidade de verificação. Não há consenso quanto à idéia do Direito como ciência, no entanto, como já afirmado, os discursos jurídicos brasileiros não abdicam dessa categorização, o que enseja a importância do estudo do presente tópico.

Os pressupostos antecedentes do princípio da verdade real encontram-se nos procedimentos da justiça medieval. Segundo os historiadores o foro inquisitorial por vezes não distinguia as concepções de crime e de violação ao preceito religioso, assim o processo criminal foi durante longo tempo considerado como forma de identificar e punir o pecado¹⁹².

O princípio da verdade real é um consectário do processo inquisitorial de forte cunho religioso. Como já afirmado, esse princípio possibilita ao magistrado uma ampla investigação que ultrapassa a deliberação das partes. Este postulado atua no sistema jurídico brasileiro, onde determina na lição de CAPEZ, que “*no processo penal o juiz tem que investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constantes nos autos*”¹⁹³. Esta premissa está devidamente positivada na norma jurídica, a exemplo do Código de Processo Penal o artigo 156 parte final, que determina que o juiz tem o poder de agir de ofício e realizar diligências para dirimir suas dúvidas.

Há nos textos jurídicos a contraposição deste princípio com o princípio orientador do Processo Civil, chamado de princípio da verdade formal¹⁹⁴.

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.ª ed : Rio de Janeiro: 2002. pg. 340

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.ª ed : Rio de Janeiro: 2002. pg. 32

¹⁹² A determinação da pena “*poena*” tem relação com o sacramento da penitência “*poenitentia*” do cristianismo: BERMAN, Harold. *A Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica México. 1996, p.184.

¹⁹³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 28.

¹⁹⁴ O autor Humberto Theodoro Júnior. afirma que a sentença cível pode ser dada com base na verdade formal, mas que não elimina do processo civil a verdade real. TEODORO JÚNIOR.; Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.- Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento 1 V.* Rio de Janeiro: Forence, 2007. pg.33.

A justificativa apresentada pela doutrina funda-se no argumento de que no Processo Civil estão presentes interesses disponíveis, onde as partes podem transacionar os direitos,¹⁹⁵ ao contrário da regra geral do processo penal, onde para as partes os direitos são indisponíveis¹⁹⁶.

O princípio da verdade real pressupõe uma ampla investigação sobre o caso, para tanto comporta, por outro lado, o instituto da ampla defesa, que possibilita ao acusado valer-se de uma gama de elementos probatórios com poucas regras de exclusão do que será considerado prova, pois somente o magistrado tem o poder da decisão sobre o que será considerado como verdade.

Para a doutrina brasileira o princípio da verdade real comporta exceções que se concretizam em limitações, tais como: a inadmissibilidade de documento na fase de alegações finais, disposta no artigo 406 CPP. Esta restrição é justificada pela doutrina pelo fato de ser ato final do processo; a impossibilidade de exhibir prova no plenário do júri, que não tenha com antecedência comunicada à parte contrária, artigo 475 Código de Processo Penal.

A doutrina, no dizer do autor MIRABETE, afirma que a parte não pode ser surpreendida com prova nova; no entanto, tal ato acarreta nulidade relativa, devendo a parte se pronunciar no momento adequado, devendo haver prejuízo para a outra parte¹⁹⁷; a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos determinado pelo texto constitucional de 88 artigo 5.º, LVI, se assemelha ao modelo anglo- americano, todavia o ponto específico será estudado pormenorizadamente mais à frente; os limites para depor de pessoas que devem guardar segredo, artigo 207; neste a lei proíbe de depor as pessoas que, por sua atividade, são obrigadas a guardar sigilo¹⁹⁸; bem como a recusa de parentes do réu, artigo 206 CPP: essa restrição, determina a doutrina, tem como fundamento a exceção às pessoas relacionadas no texto, diante dos laços de afetividade ou de consangüinidade que as prendem ao acusado, que são o ascendente, descendente, cônjuge, irmão, pai, mãe. Essa ressalva tem por fim, segundo os autores, preservar a

¹⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 16

¹⁹⁶ Importa salientar que o foro inquisitorial não distinguia as esferas cíveis da esfera criminal

¹⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997. pg. 602

¹⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997. pg. 207.

paz e a harmonia familiar. A norma faculta, mas não proíbe essas pessoas de testemunhar, assim, mesmo na hipótese de depoimento, essas pessoas não prestam o compromisso de dizer a verdade. A doutrina, de acordo, com MIRABETE, justifica alegando que a lei reconhece que essas pessoas têm dificuldade de serem imparciais no depoimento. Contudo, essa faculdade não se estende aos parentes do ofendido¹⁹⁹. Por fim, há restrições quanto a prova existente no juízo cível, quanto ao estado das pessoas.

200

Como já se afirmou, a Suprema Corte do Canadá determinou no caso *R. v. Avetysan*, que não se exige no processo penal uma prova de certeza absoluta, não é prova para além de qualquer dúvida nem é um imaginário ou frívola dúvida, a tradição anglo-americana não lida com a idéia de verdade real, mas com a idéia de uma verdade construída que para uma condenação deve ser para além de uma dúvida razoável.²⁰¹

Com efeito, ao se afastar dos parâmetros de uma verdade real é que se possibilita no direito anglo-americano a negociação da culpabilidade através do *plea bargaining* e a aplicação das regras de exclusão de provas.

A iniciativa instrutória do magistrado no processo penal brasileiro é fundada no princípio da verdade real, no entanto, os autores afirmam que essa iniciativa é limitada por barreiras intransponíveis. Como por exemplo: o contraditório, que será estudado mais adiante e a limitação pela motivação das decisões judiciais²⁰².

3.3.2 Limitação pela Motivação.

O segundo ponto apresentado pela doutrina para limitação da busca da verdade pelo juiz é apresentando como a obrigatoriedade de motivação. Assim, determina a exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro.

¹⁹⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997. pg. 285

²⁰⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 28-29

²⁰¹ “ The standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence; it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt;” *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320 - site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html>

²⁰² GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999.

*“Nunca é demais, porém, advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”*²⁰³.

A orientação da verdade real e da ampla defesa, somada à quase ausência de regras claras de exclusão aplicadas ao processo, implica na formação de um amplo espaço para inserção de inúmeros elementos de interferência no livre convencimento do juiz. A ausência de métodos objetivos para construção da verdade, abre espaço à subjetividade do magistrado na construção de sua motivação. Assim, se expressa a doutrina jurídica brasileira, pois de acordo com o autor POLASTRI, a motivação “*trata da ‘alma’ da sentença, onde o juiz externa o seu sentir a cerca das provas e das razões de seu convencimento, isto sempre através de um raciocínio lógico e técnico e sua deficiência gera nulidade...*”²⁰⁴ (grifo nosso). Com efeito, a Motivação enquanto elemento limitador da atividade probatória do magistrado concretiza-se através da inclusão de elementos subjetivos fundados numa sensibilidade individual.

As categorias utilizadas pelo sistema jurídico de cada cultura são significantes na medida em que explicitam, em suas representações, o conteúdo que corresponde a sua lógica estruturante. Assim, no direito brasileiro a categoria utilizada para as decisões judiciais denomina-se *sentença*, derivada da palavra romana *sentire* que significa sentir. Isto denota a força dada às percepções subjetivas do magistrado para a construção da verdade judicial, ao passo que no sistema criminal anglo-saxão a categoria utilizada para as decisões judiciais chama-se *verdict* que significa *veredicto*, que tem a representação e significado de dizer a verdade, esta por sua vez induz um esvaziamento de elementos subjetivos de sensibilidade.

²⁰³ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto lei 3.689/1941 – Provas VII.

²⁰⁴ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p 720.

Outro elemento limitador refere-se à inadmissibilidade das provas ilegítimas e ilícitas, que será estudado no tópico apartado.

A doutrina brasileira consensual não está alheia às críticas sobre a concepção de possibilidade de uma verdade real, assim determina ADA PELEGRINI “ *O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória.*”²⁰⁵ (grifo nosso)

No entanto, a doutrina jurídica não abdica da categoria verdade real, tampouco, da sua estrutura de saber e poder, firmando o processo judicial como garantia do Estado, inserida em um sistema que pressupõe a desigualdade jurídica, no momento em que reafirma os atos instrutórios como elementos garantidores da igualdade entre as partes. Assim, continuam os autores afirmando que “*A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes*”²⁰⁶.

Com efeito, a verdade real no processo penal brasileiro é de fato o resultado do livre convencimento do magistrado, que representa a concretização de uma verdade individual. Está é considerada para o sistema jurídico brasileiro, como a verdade legítima.

Assim, ao contrário do sistema anglo-saxão, o direito brasileiro não comporta uma verdade obtida de forma pública e coletiva, ou seja, não admite uma verdade construída com participação coletiva dos agentes envolvidos, mas como uma forma de um saber privilegiado em que há apenas um detentor desta verdade que, quando exposta, deve ser reconhecida e aceita pelos participantes, que dela não interagem como formadores, mas como auxiliares dotados de capacidade de reconhecê-la e aceitá-la.

Com efeito, o sistema jurídico brasileiro não se reflete como um sistema coerente, onde suas fases se superam para que ao fim se constitua uma verdade consensualizada por todos, mas se constitui de verdades individuais e independentes, seja a produzida pelo delegado de polícia, seja no processo judicial trazida pelas partes, ou na decisão proferida pelo juiz fundada no seu livre convencimento.

²⁰⁵ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

²⁰⁶ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.*: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p. 71

Mesmo nas hipóteses onde há a exigência de um julgamento por órgão colegiado, verifica-se no direito brasileiro a ausência da produção da verdade pública processual construída com participação coletiva.

O Tribunal do Júri é um bom exemplo, pois é formado por sete cidadãos escolhidos e durante o julgamento, não sendo permitido a comunicação ente eles e sua decisão deve ser pautada de pelo princípio da íntima convicção individual. Assim, cada jurado decide individualmente e o resultado final é derivado da soma dos votos secretos individualmente computados. Outro exemplo, que pode ser apontado é o do ritual de produção da verdade nos órgãos de recurso, seja nas Turmas Recursais do Jecrim, seja nas câmaras ou no Pleno dos Tribunais de Justiça dos estados, seja nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal; todos estes seguem a mesma lógica concretizada na tradição jurídica brasileira, que concebe que a verdade é apenas uma e não será construída pelo colegiado, mas revelada por algum magistrado e que será reconhecida pela maioria, pois prevalecerá no contraditório com as outras. Assim, ao relator é conferida a elaboração da primeira “revelação” onde os demais deverão concordar ou contraditar, se a hipótese contraditória “revelada” tiver mais adeptos, então quem a “revelou” deverá elaborar a redação do acórdão decisório.

Tais fatos reafirmam que a verdade processual no sistema jurídico brasileiro é entendida não como uma construção coletiva, fundada na argumentação, mas como a verdade a ser revelada, ou seja, a verdade somente poder ser única.

Assim, cada segmento da atividade estatal, dentro do sistema jurídico processual criminal, produz uma verdade individual e única, que a todo instante pode ser sobreposta por outra.

Por não representarem uma sucessão de fases lógicas que convergem à consensualidade de uma verdade produzida de forma participativa e coletiva, compreende-se o fenômeno da sobreposição e substituição dessas verdades produzidas em níveis superiores pelas de hierarquia superior, a exemplo: o livre convencimento, sobre os fatos e a interpretação da lei, da decisão de primeira instância do juiz singular, sendo sobreposta pelo livre convencimento da decisão de segunda instância dos Tribunais de Justiça. Atendendo a determinadas regras, essas verdades podem ser sobrepostas pelos Tribunais Superiores, ou seja, Superior Tribunal de Justiça ou o

Supremo Tribunal Federal. Assim, a interpretação da lei e análise dos fatos podem ser reavaliados e contraditados. Desta forma os fatos e a interpretação da lei podem ter significados e resultados diametralmente opostos.

No direito anglo-saxão americano e canadense o processo é um direito das pessoas acusadas e o interesse público e os interesses privados encontram-se em uma relação de simetria. A exigência da produção da prova que recai nos casos criminais, em que para uma condenação é necessário haver evidências contundentes, se justifica na busca de uma perspectiva simétrica entre os recursos financeiros e processuais do Ministério Público de um lado e do outro os recursos do acusado.²⁰⁷

Mais adiante, no estudo sobre o *cross examination*, perceberemos como no direito anglo-saxão a verdade jurídica é construída de forma consensual, a partir da participação das partes e a decisão judicial proferida pelo Júri tem legitimação popular, ou como na hipótese do direito canadense na qual em alguns casos o acusado pode escolher entre um júri ou somente um juiz. Caso escolha a última alternativa a legitimação da decisão estará fundada nesta opção do acusado. Com efeito, a principal função da Corte de apelação não é realizar uma avaliação sobre as provas dos fatos do processo, mas sim de assegurar que o Tribunal de primeiro grau aplicou corretamente o procedimento e a lei.²⁰⁸

3.4 Análise do princípio da imparcialidade do juiz a partir de sua lógica estruturante.

A doutrina jurídica brasileira determina que, uma vez que o Estado traz para si o monopólio da justiça deve, por conseguinte, agir com imparcialidade. Todavia, a imparcialidade para a doutrina jurídica “*exige, antes de mais nada, independência.*”²⁰⁹

Afirma TOURINHO FILHO, que nenhum juiz pode ser imparcial estando sujeito a coações que pudessem lhe fazer temer a perda do cargo.²¹⁰ Com feito, o direito

²⁰⁷ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 112

²⁰⁸ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 42-43

²⁰⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928 - *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 18

²¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928 - *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 18

brasileiro apóia-se no princípio da imparcialidade para conferir garantias aos agentes do Estado, investidos no cargo de magistrados.

O art. 95 da Constituição Brasileira de 1988 determina que os juízes possuem as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, e irredutibilidade de vencimentos.²¹¹

A doutrina jurídica brasileira não identifica os atos instrutórios do magistrado no processo judicial como estando em contradição com o princípio da imparcialidade, para tanto, afirma que toda prova produzida *ex officio* deve ser submetida ao contraditório das partes. Afirma a doutrina que: “*longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.*”²¹²

O trecho acima descrito reafirma na doutrina os aspectos inquisitoriais do processo, pressupondo a desigualdade processual, a defesa do interesse público e a forma de construção da verdade que centraliza o saber e o poder.

No sistema jurídico de administração de conflitos do direito estadunidense e canadense, o juiz exerce um significativo papel de mediador entre as partes, visto que o processo é um direito disponível do acusado²¹³.

Segundo NEUBAUER, o juiz é o símbolo mais importante da justiça dos EUA espera-se que atue com justiça e imparcialidade²¹⁴. Ao magistrado, segundo o autor, compete estabelecer a fiança ou revogá-la, determinar causa provável para o julgamento, as regras para exclusão da evidência, concordar com a negociação da culpa e, havendo um julgamento, cabe ao magistrado presidi-lo. Após a condenação do júri, o magistrado estabelece a punição, deve o magistrado atuar como árbitro nas questões que possam surgir no julgamento, verificar quais questões podem ser potencialmente

²¹¹ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

²¹² GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

²¹³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Ed Lúmen Júris. 2004, p 72

²¹⁴ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Broooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 154

perguntadas aos jurados, que evidência será admissível e que orientação o direito pode dar ao júri.²¹⁵

A imparcialidade dos magistrados, no sistema jurídico anglo-saxão, decorre da divisão dos poderes neste sistema e sua atuação de mediador entre partes detentoras de direitos disponíveis. Com efeito, no sistema adversário canadense e estadunidense existe uma passividade do juiz, sua função é a de encontrar os fatos sem, no entanto, fazer nenhuma investigação. A crítica que recai sobre a imparcialidade do magistrado, feita pelos autores do sistema dos EUA, versa, não quanto aos procedimentos judiciais propriamente ditos, ou sobre as normas referentes ao processo, mas sim, ao sistema eletivo de admissão na carreira de magistratura, adotado pela maioria dos estados americanos²¹⁶. Todavia, no sistema jurídico do Canadá os juízes das Corte Provinciais, das Cortes Superiores e da Suprema Corte são nomeados.²¹⁷

3.5 Análise do princípio da igualdade a partir de sua lógica estruturante.

A análise no sistema brasileiro do princípio da igualdade é tomado neste tópico a partir de sua lógica estruturante em uma perspectiva comparada.

No processo penal brasileiro, segundo TOURINHO FILHO, “*as partes, embora figurem em pólos opostos, situam-se no mesmo plano, como iguais em direitos, ônus, obrigações e faculdades*”. A observação feita pelo autor TOURINHO FILHO se mostra coerente com a perspectiva de que no processo penal brasileiro o acusado tem o ônus de provar sua defesa.

A igualdade no direito brasileiro segue o modelo descrito por RUY BARBOZA que incrementa a desigualdade jurídica.²¹⁸ Este modelo contraria o modelo de igualdade anglo-saxão que não admite tratamento desigual no processo, separando as perspectivas igualitárias nas esferas de competência das políticas públicas e dos direitos

²¹⁵ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 155

²¹⁶ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 169.

²¹⁷ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 139-140

²¹⁸ TEIXEIRA MENDES, R. L. *Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil*. in Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre - RS, n. 13, p. 81-98, 2004.

de cidadania²¹⁹. O direito brasileiro, ao contrário do sistema anglo-saxão, traz para o processo a desigualdade inerente ao mercado, com a justificativa de compensá-las no processo²²⁰, ao mesmo tempo em que assegura privilégios.

Assim, determina a autora ADA PELEGRINI :

“A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positivista de isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.” ²²¹

Continua a consagrada autora: *“a aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial”*.²²² O tratamento desigual aos desiguais e igual aos iguais, permite no sistema jurídico brasileiro a inclusão de privilégios legais²²³, tais como a prisão especial contida no disposto do artigo Art. 295. onde dispõe que: *“Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à*

²¹⁹ MARSHALL, T.H. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar editores. 1967 p 66.

²²⁰ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

²²¹ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 59-60

²²² ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 60

²²³ KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro*.: seus dilemas e paradoxos. 2 ed, ver. Rio de Janeiro: Forense. 1995 pg. 06

disposição da autoridade competente, quando sujeitos à prisão antes de condenação definitiva”., Outro tratamento desigual verifica-se no estabelecimento da competência de foro em razão da prerrogativa de função por crime comum, assim determina a Constituição Federal Brasileira:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (grifo nosso).

Tais privilégios não contrariam a premissa igualitária do sistema brasileiro que concebe tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais juridicamente, ao passo que a premissa igualitária existente no direito anglo-saxônico não permite a existência de foro privilegiado para crimes comuns, tampouco prisões especiais ou diferenciadas para cidadãos iguais.

A doutrina jurídica brasileira se posiciona no sentido de afirmar que o princípio da igualdade processual sofre uma atenuação em virtude do princípio do *favor rei*²²⁴. Tal princípio segundo, os autores, “*Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado, sempre que a acusação não tenha carreado*

²²⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 19

prova suficiente para obter uma condenação” ²²⁵ . Portanto, afirmam os autores que tal princípio “goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva” ²²⁶. Com efeito, estaria contido no Código de Processo Penal dispositivos que demonstram essa tendência, a exemplo o artigo 386 do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; [\(Redação dada](#)

²²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007, pg. 33-34

²²⁶ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 60

pela Lei nº 11.690, de 2008)

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Outro exemplo seria o instituto da revisão criminal, este é um recuso somente possível à defesa. Assim determina os artigos 623 e 626, ambos do CPP.

Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

O chamado princípio do *favor rei* colide com a determinação do processo penal brasileiro, que impõe a preponderância do interesse público sobre o interesse individual, tal conflito conduz a uma incerteza quanto à ascendência de um princípio sobre o outro, o que enseja a abertura à aplicação alternada e particularização desses princípios, conforme o caso.

No direito anglo-americano o processo é uma garantia das pessoas acusadas contra o Estado, e o interesse público é determinado a partir do atendimento dos direitos individuais, por tanto não se apresenta antagônico a sua lógica, qualquer garantia do cidadão, seja a presunção de inocência, o *favor rei*, tampouco o *in dubio pro reo*.

Importa salientar que a fase que antecede o processo penal brasileiro não permite a existência de contraditório e da ampla defesa, no entanto, é no inquérito, policial que se levantam as provas que servirão para o Ministério Público oferecer a acusação²²⁷. Todavia, algumas provas, como a prova pericial, quando em sede de

²²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. *Manual de Processo Penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 64-65

inquérito apresenta dificuldade para sua reprodução na fase judicial, pois pode ocorrer a perda do objeto de prova.

O autor processualista TOURINHO FILHO, reproduz uma lógica compensatória e desigual no sistema criminal. Primeiramente afirma que deve haver *paridade de armas*²²⁸, onde os direitos e poderes que são conferidos à acusação não podem ser denegados também à defesa do acusado; no entanto, afirma que o direito concede um pouco mais à defesa quando da hipótese dos embargos infringentes e da revisão criminal, por serem atos exclusivos da defesa. Por outro lado, o autor reconhece que na fase pré-processual há desigualdade entre o titular do direito de punir e o investigado, pois o investigado não goza dos mesmos direitos, nem goza dos mesmos poderes do Estado, representado pela instituição policial, tampouco dispõe de instrumentos para se nivelar a este. Neste momento, segundo o autor, “o único direito que lhe é reservado cinge-se à defesa de sua integridade física e da sua liberdade ambulatoria.”²²⁹. Não podendo ser submetido à tortura nem a tratamento desumano, “não pode, também sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. Só.”²³⁰ (grifo nosso).

A ausência de garantias nesta fase representa um *déficit* de direitos na esfera penal.

Enquanto que no sistema anglo-americano a idéia de contrato social induz à percepção de administração de conflitos entre iguais, o sistema brasileiro debruça seu modelo de controle social na repressão, assim os conflitos não são percebidos como normais, mas como indesejáveis.²³¹ Com efeito, o direito brasileiro percebe o infrator como um inimigo social e o delito relaciona-se com a *Falta* descrita por FOUCAULT²³². Com efeito, a desigualdade no sistema penal brasileiro é reproduzida como um jogo

²²⁸ Alguns autores situam *paridade de armas* juntamente com o tópico do princípio da igualdade, exemplo: ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p.60

²²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. *Manual de Processo Penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 19

²³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. *Manual de Processo Penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 19

²³¹ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289

²³² A Falta prescreve uma vingança a redenção ao pecado e não uma reparação da perturbação causada a sociedade. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro ed. NAU. 1999. p.81

de compensação e repressão, como se percebe na consignação do autor POLASTRI LIMA:

*“Antes do fato delituoso o Estado e a vítima estão em posição desigual com o criminoso, pois este age de surpresa, sendo o articulador da ação. No momento da investigação criminal, o Estado passa a ter vantagem, por dispor de meios e estrutura para enfrentar o criminoso, que está em posição de desvantagem. Na fase processual é comum a legislação por vezes prever vantagens ao Ministério Público (v.g. intimação pessoal) em relação à defesa, (salvo quando pública que também goza deste privilégio) sendo visíveis, por outro lado, a existência de desigualdades, como a estipulação de prazo em dobro para recorrer conferido somente a justiça pública (no Brasil o Ministério Público não goza desta regalia)”*²³³.

Com efeito, a partir do texto citado, constata-se que a idéia de que, por considerar o cidadão possuidor uma prévia vantagem em relação ao Estado é que se justifica a ausência de garantias no inquérito policial.

O direito anglo-saxão, segundo GARAPON e PAPADOPOULOS, busca a sustentação de uma simetria entre interesse público e interesse individual. Com efeito, no sistema anglo-americano a percepção do processo como garantia das pessoas acusadas, leva em consideração os recursos financeiros e processuais do Ministério Público em relação ao acusado. Essa racionalidade fundamenta a presunção de inocência, exigindo ao Estado o dever de constituir a prova para além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*).²³⁴.

Para sustentar a presunção de inocência durante todo processo, o sistema anglo-americano garante ao acusado a faculdade de produzir a prova, mas, caso queira,

²³³ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007, pg 38.

²³⁴ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 112.

será ser-lhe-á exigido um padrão inferior ao da acusação, chamado equilíbrio de probabilidades (*balance of probabilities*).²³⁵ Com isso, segundo GARAPON e PAPADOPOULOS, busca-se uma repartição igualitária dos riscos do processo, por consequência uma igualdade jurídica²³⁶.

O sistema anglo-americano assegura os direitos individuais, na medida em que determina que o objetivo do processo é assegurar as garantias das pessoas acusadas, contra aplicação arbitrária da lei.²³⁷ Para tanto, deve assegurar a presunção da inocência, como elemento central de todo o processo criminal.

O sistema brasileiro, contudo, marca a desigualdade entre cidadão e Estado pela supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa na fase de constituição da prova pré-processual no inquérito policial, em razão da prevalência do interesse público sobre o privado, consubstanciando assim, não um equilíbrio, mas uma forma de compensação retributiva.

Com efeito, o direito brasileiro, em seus discursos, não atualiza a igualdade jurídica como elemento estruturante de todo sistema criminal, mas sim, de forma fragmentária, partindo a noção de que a infração praticada pelo indivíduo contra o ofendido representa um ato de desigualdade, pois o primeiro teve a possibilidade de premeditar o crime e surpreender sua vítima. O autor POLASTRI LIMA conclui que está suposta desigualdade deve ser retribuída e compensada no inquérito e no processo judicial criminal.

A afirmativa do autor supracitado, denota o desígnio do ente estatal no controle da esfera privada do cidadão, ao levar em consideração tais fatos e inserir-lhes como elemento relevante para o sistema judicial.

Esses aspectos próprios do sistema jurídico brasileiro induzem a uma ausência na compreensão do processo como uma garantia de proteção conferida aos cidadãos, e se aproxima da idéia do processo como sendo um instrumento do Estado para punição e

²³⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 275-276.

²³⁶ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 112.

²³⁷ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 302.

repressão.²³⁸ Este fato justifica, segundo os autores, a existência de restrições às garantias do cidadão na fase pré-processual.

Cabe destacar a contrariedade dos argumentos acima expostos como a noção da garantia do *devido processo legal* como direito individual na Constituição brasileira.

A garantia do processo como um direito das pessoas acusadas, na tradição jurídica estadunidense e canadense, bem como a busca pela simetria entre interesse público e interesse individual, possibilita a negociação da culpabilidade através da negociação da verdade, fato inadmissível no sistema brasileiro, vez que há a prevalência do interesse público sobre o interesse individual. Portanto, a ação penal pública no direito brasileiro pertence ao Estado e por essa razão o Ministério Público não pode dela dispor²³⁹, nos termos do artigo 42 do CPP.

Segundo o autor BITENCOURT há algumas exceções tais como na hipótese da ação penal privada, onde *“a referida espécie de ação inspira-se em imperativos de foro íntimo e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, o que o ofendido prefere afastar do strepitus fori, evitando a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria, por isso o Estado permite a subordinação do interesse público ao particular.”*²⁴⁰ (grifo nosso)

Todavia, ao mesmo tempo em que a norma confere ao ofendido ou ao seu representante legal a titularidade de ação penal, impõe ao mesmo, em razão do interesse público, a fiscalização do Estado, bem como a possibilidade do Ministério Público intervir aditando a queixa crime, conforme dispõe o artigo 45 do Código de Processo Penal brasileiro, bem como, no mesmo diploma legal, o artigo 48, onde determina que o Ministério Público poderá atuar para incluir outros indivíduos na acusação.²⁴¹

Outra exceção, segundo a doutrina, é a possibilidade de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, considerados assim pela lei 9.099/95. Nesta norma,

²³⁸ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

²³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 120.

²⁴⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 11 ed. São Paulo: Saraiva 2007, p. 700.

²⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Prática de processo penal* – 26.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 161

o artigo 76 prevê a possibilidade de transação penal e este instituto, segundo a doutrina jurídica brasileira, representa uma exceção a obrigatoriedade do Ministério Público em propor a ação penal ²⁴². Ocorre que, para a doutrina brasileira o acusado, apesar de pagar uma contraprestação, para não ser processado, não assume culpa nenhuma, ²⁴³ ou seja, o ato não é compreendido como uma conciliação entre agentes iguais, pois não transaciona a acusação nem a verdade jurídica.

Por fim, mais uma exceção à natureza indisponível da ação penal pública, apresentada pela doutrina, está no instituto da suspensão condicional do processo disposta no artigo 89 da lei 9.099/95, que determina que uma vez o acusado, atendendo os requisitos legais, poderá ter suspenso seu processo pelo período de 2 a 4 anos, e ao fim estará extinta sua pena.²⁴⁴

3.6 Análise do princípio da publicidade a partir de sua lógica.

A análise do princípio da publicidade no sistema brasileiro, apresentada pela doutrina, é tomada neste tópico a partir de sua lógica estruturante, nos padrões de uma perspectiva comparada.

Este princípio determina que todos os atos processuais sejam públicos, a regra vem estabelecida no dispositivo legal do Código de Processo Penal, onde determina:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem,

²⁴² CAPEZ. Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol I 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p 539

²⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Transacción Penal Brasileña y El Derecho Norte Americano*. Revista de Processo ano 25, n.º 100, outubro – dezembro de 2000.p.131-138

²⁴⁴ CAPEZ. Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol I . 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p 540

o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

Assim, afirma TOURINHO FILHO sobre a publicidade: “*E deve ser assim para que a sociedade perceba que a justiça não é feita entre quatro paredes*”²⁴⁵ Ocorre pois, que na fase de inquérito policial, onde há a produção de provas sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, não há a publicidade. É o que ensina o autor “*Por outro lado, a publicidade não atinge, grosso modo, os atos que se realizam durante a feitura do inquérito, não só pela própria natureza inquisitiva dessa peça informativa, como também o próprio artigo 20 do CPP dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário*”.²⁴⁶

A redação prescrita na Constituição de 1988 determina que o contraditório e a ampla defesa sejam garantidos nos processos administrativos e judiciais. Assim, determina o texto constitucional no título dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos :

Art.

5.o.....

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o

²⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 20.

²⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 20.

contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A doutrina jurídica, frente à incompatibilidade do texto constitucional de 1988 com o diploma processual penal de 1941, buscou esforço na acomodação da antinomia justificando a manutenção do inquérito sem a incidência das respectivas garantias. Assim, determina o consagrado autor TOURINHO FILHO, “*Nem se invoque a Constituição. Nela se fala em publicidade dos atos processuais... e os do inquérito não o são. Nela se fala em litigante... e no inquérito não há litigante*”²⁴⁷. Compreende-se, a partir dessa afirmativa, a justificativa doutrinária para a ausência de contraditório e da ampla defesa no inquérito, mesmo sendo, em tese, o ordenamento infraconstitucional submetido à Carta Magna.

Segundo o autor, o acesso do advogado ao inquérito policial determinado pela lei 8.906/94 representa um revés no princípio da não-publicidade dos atos do inquérito²⁴⁸, pois permite ao advogado o acesso aos autos do inquérito policial.²⁴⁹

Ocorre, que apesar de tal garantia esteja consubstanciada na norma constitucional e lei infraconstitucional, que se coaduna com o art 37 caput da Constituição, não havia um consenso nos tribunais a respeito dessa questão, como demonstra a decisão da 2ª turma do STJ processo RMS 12754 de 2003, onde o relator ministro FRANCIULLI NETTO determina a excepcionalidade do acesso do advogado aos autos do inquérito, afirmando que “*não ocorrendo risco imediato de cerceamento de liberdade do indiciado ou de seu patrimônio, o sigilo no inquérito policial deverá ser mantido.*” Com efeito, determina que a publicidade para o advogado não é um direito absoluto, desta feita continua afirmando que “*Assim, deflui que a possibilidade de o advogado ter acesso ao inquérito durante o curso das investigações somente é*

²⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 20.

²⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 21.

²⁴⁹ Recentemente STF editou a súmula 14 onde determina o acesso do advogado as provas documentadas no inquérito policial. Assim, determina: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf capturado em 20/07/2009

possível desde que não acarrete nenhum prejuízo à elucidação dos fatos”²⁵⁰ Importa ressaltar que o sistema jurídico brasileiro se aproxima da vertente expressa no direito canônico, onde determina que “*debe ser secreta aun para el inculpado*”²⁵¹

A coexistência do texto constitucional do art. 5º LV juntamente com o artigo 20 do CPP, implica na oscilação entre a opção da manutenção do instituto da não publicidade no inquérito policial em detrimento a efetivação da garantia individual, ou vice versa.

A publicidade no sistema anglo-saxão não tem a mesma representação que no direito brasileiro. O exemplo da emenda VI da Constituição americana assegura a publicidade do julgamento, todavia essa publicidade, assim como no Canadá, não se estende às câmeras de TV, ou será permitido o acesso de quaisquer pessoas, mas apenas de amigos ou outros interessados, com a finalidade de se verificar “*que se fez justiça*”²⁵². Não existe a figura do inquérito policial no direito anglo-saxão, bem como, as garantias de defesa são asseguradas desde o início da ação estatal, ou seja, podem ser reivindicadas desde o momento da prisão em flagrante até o julgamento.

De acordo com o autor GARDNER, em regra geral, quando a evidência está na posse exclusiva da promotoria, em sua atividade de persecução, esta deve ser acessível ao acusado.²⁵³ Após o cidadão ter sido acusado por uma ofensa criminal, o réu e seu advogado devem avaliar se a evidência é utilizável pelo Estado para sustentar uma acusação criminal.²⁵⁴

Corte Americana, no caso *Waedius v. Oregon* estabeleceu a regra de que a promotoria tem a obrigação de fornecer ao acusado acesso a toda evidência mesmo antes do processo²⁵⁵. Tal preceito é chamado no direito anglo-saxão de *Disclosure*²⁵⁶ e

²⁵⁰ BRASIL- Superior Tribunal de Justiça – processo : RMS 12754 de 2003. 2ª turma. Relator ministro Franciulli Netto. (Capturado em www.stj.gov.br em 24/05/2008.)

²⁵¹ Tradução “Deve ser secreta ainda para o inculpado” GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al código de derecho canónico*: Canones 1999 - 2114. Madrid: BAC, 1964. v. (Biblioteca de Autores Cristãos). Pg. 679

²⁵² CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p.275

²⁵³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 14.

²⁵⁴ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 28.

²⁵⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 13.

²⁵⁶ Disclosure significa Dar publicidade.

foi também reafirmado pela Suprema Corte do Canadá no caso *R. v. Taillefer* e no caso *R. v. Duguay*. A corte determinou que a Coroa deve divulgar todas as informações relevantes para um acusado, seja contra ou a favor, sem prejuízo do exercício do poder discricionário da Coroa para se recusar a divulgar informações que sejam obtidas de forma privilegiada²⁵⁷ ou simplesmente irrelevantes. Este direito constitucional é protegido pela sessão 7 ° da Carta de direitos do Canadá e contribui para garantir ao acusado à capacidade de exercer o direito a plena defesa.²⁵⁸

Segundo a Suprema Corte do Canadá, o dever da Coroa de dar publicidade deve ser acionado sempre que houver a possibilidade razoável da informação ser útil para os acusados, assegurando o pleno direito de resposta e de defesa. As informações relevantes devem ser divulgadas pela Coroa, pretendendo, ou não, introduzir tais elementos no processo, para servir como prova no julgamento.

Além disso, segundo a Suprema Corte do Canadá todas as declarações obtidas a partir de pessoas que tenham fornecido informações pertinentes ao caso às autoridades, devem ser disponibilizadas, mesmo que estas pessoas não sejam propostas como testemunhas da Coroa.²⁵⁹

No caso em questão, *R. v. Taillefer*, a Suprema Corte do Canadá afirmou que, tendo em conta a quantidade substancial de provas que não foram divulgadas, e sendo extremamente relevantes para a natureza probatória do caso, a acusação não podia ignorar esse direito, devendo ser reconhecido que os acusados foram vítimas de uma violação grave dos seus direitos à divulgação das provas. Para a Suprema Corte do Canadá a Coroa não pode invocar incertezas na legislação relativa à divulgação de elementos de prova, para justificar a sua não divulgação. Este foi o foco da crítica no presente caso citado.

Segundo a Suprema Corte do Canadá, no mesmo caso, a obrigação da Coroa surge naturalmente a partir do papel da promotoria como um órgão oficial do sistema de justiça penal do Canadá.²⁶⁰

²⁵⁷ Um exemplo de forma privilegiada de obtenção de informação são os informantes da polícia, que podem ter suas identidades preservadas.

²⁵⁸ Caso: *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] capturado em 06/05/09 no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc70/2003scc70.html>

²⁵⁹ Caso : *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] capturado em 06/05/09 no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc70/2003scc70.html>

²⁶⁰ Caso : *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] capturado em 06/05/09 no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc70/2003scc70.html>

Neste mesmo sentido, afirma o autor GARDNER, foi o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, determinando que a evidência absolutória é aquela que visa demonstrar a inocência do acusado. A regra do *Disclosure*, para esta corte, determina que a promotoria tenha o dever de dar publicidade para as partes sobre a evidência favorável para o acusado, quando a evidência material seja para culpar ou inocentar. Quando a evidência está na posse exclusiva da promotoria, esta deve ser acessível mesmo quando não foi requerida sua liberação pelo acusado, ainda mais se a evidência for claramente sustentada como fundamento para reivindicação de inocência.²⁶¹

Com efeito, para a Suprema Corte do Canadá pode-se resumir a regra do *Disclosure* nos seguintes pontos: 1) A Coroa tem o dever de divulgar toda informação para o acusado sendo ela inculpante ou exculpante, sem o prejuízo do exercício do direito da Coroa de manter sobre sigilo informação irrelevante; 2) A relevância deve ser considerada com base relação entre a acusação e as razoáveis possibilidades de defesa; 3) A informação relevante deve ser divulgada mesmo se a Coroa tem ou não a intenção de utilizá-la antes da negociação da culpa.²⁶²

No direito brasileiro as provas são produzidas pelo Estado de forma preliminar no inquérito policial, sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, como já acima afirmado. Tal fato obriga a defesa a desconstituir, no processo judicial, a prova já constituída em inquérito. Assim, preceitua o Código de Processo Penal em seu artigo 187: *O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos; e no § 2º Na segunda parte, será perguntado sobre: IV as provas já apuradas* (grifo nosso). Com efeito, não há no direito brasileiro a possibilidade de realização de debates e contestações sobre as provas em fase de inquérito policial, isto somente acontecerá depois de produzidas e remetidas ao processo judicial.

A lógica do direito canadense e estadunidense permite a produção da prova em plena audiência. O *cross examination*²⁶³ é o elemento central do modelo de produção

²⁶¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 14.

²⁶² Caso : R. v. Taillefer; R. v. Duguay, [2003] capturado em 06/05/09 no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc70/2003scc70.html>

²⁶³ *Examination* ocorre em duas modalidades: *direct examination* onde a parte examina a evidencia trazida por ela; *cross examination* é o exame da parte adversária sobre a mesma evidência. Estes conceitos serão melhor explicados em capítulo adiante sobre o exame direito de testemunhas.

de prova no procedimento anglo-saxônico. Assim, todas as evidências passam pelo crivo do exame feito pelos advogados, durante a audiência. Na tradição anglo-saxônica o juiz é mero espectador diante da construção da verdade pelos advogados, em um sistema adversário.²⁶⁴

No direito brasileiro as provas produzidas em inquérito policial têm valor probatório, no entanto, devem ser repetidas em processo judicial sobre o crivo do contraditório Segundo o autor PACELLI:

*“ Como regra, vimos que todas as provas devem se submeter ao contraditório, devendo também ser produzidas diante do juiz, na fase instrutória. Isto porque, a prova produzida na fase investigatória tem por objetivo o convencimento e a formação da **opinio delict** do órgão da acusação. Recebida a denuncia ou a queixa, todas elas em princípio deverão ser repetidas ”.*²⁶⁵

Vale reafirmar que as provas colhidas nas fases de investigação no sistema da *Common Law* não têm valor de prova, estas são consideradas como evidências. Assim a evidência somente se tornará prova após passar em audiência preliminar com a participação da acusação, da defesa e do juiz, onde tais evidências serão submetidas as regras de exclusão (regras de admissibilidade de provas). Uma vez admitidas, estas serão consideradas como prova no julgamento.²⁶⁶

Todavia, mesmo durante o julgamento há a possibilidade de exclusão de provas. Todas as evidências passarão pelo crivo das regras de evidência para serem consideradas provas, a exemplo, o *Evidence Act* no direito do *Canadá* e a *Federal Rules of Evidence* nos EUA. Com efeito, os documentos, e as testemunhas, são submetidos ao exame dos advogados que buscam constituir a sua prova e desqualificar a prova contrária.

A ausência de provas não permite uma condenação criminal no sistema jurídico brasileiro, no entanto, os indícios em fase preliminar são considerados como prova e o

²⁶⁴ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005. p. 501

²⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 352

²⁶⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 02

Ministério Público realiza sua denúncia com base no inquérito policial formado por indícios de autoria e indícios de materialidade.

Com efeito, pode haver condenação com base em indícios obtidos e produzidos sem o contraditório e a ampla defesa. Desta forma fica o acusado sujeito a uma condenação com base, como por exemplo, na prova pericial produzida em fase de inquérito policial.

A não validade das provas dos dados levantados pela polícia no sistema jurídico do Canadá, relaciona-se diretamente com o modelo de produção da verdade jurídica pelas partes, em razão do padrão de prova exigido à acusação e a possibilidade de ser desconstituído em *cross examination*.

Assim, os dados levantados na fase policial não são considerados provas, por não terem passado pelas regras de evidência, não sendo, portanto, previamente, examinadas pelas partes. A partir da análise das provas levantadas pela polícia, o acusado poderá escolher, dentre as opções, qual o procedimento adotará.

É no *cross examination* que a verdade no julgamento é construída pelas partes, a partir dos padrões de certeza, portanto a acusação tem a faculdade de ir adiante com um caso ou não, de acordo com as evidências que consiga comprovar em juízo no padrão para além de uma dúvida razoável.

Por isso há no direito anglo-saxão alguns principais institutos jurídicos que giram em torno da categoria *Plea* que pode ser compreendida como uma alegação do acusado. Dentre algumas que podemos destacar: *Not guilty* (não culpado)²⁶⁷, *Guilty* (culpado)²⁶⁸.

A *Plea guilty* é uma alegação de culpabilidade, onde o acusado assume a culpa durante o julgamento. O *Plea bargaining* é uma alegação que envolve uma negociação da culpabilidade do indivíduo, na qual o acusado realiza uma negociação com a acusação. Com receio de receber uma condenação maior em um julgamento, o acusado abdica do seu direito ao processo assumindo determinada proporção de culpa. O *Plea of nolo contendere* adota-se nos casos criminais, tendo o mesmo efeito que o *Plea of Guilty*, onde o acusado assume a culpa, no entanto, esta tem validade somente para o

²⁶⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 28.

²⁶⁸ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 28.

procedimento criminal, não vinculando o mesmo efeito em uma possível demanda de natureza civil, decorrente da mesma infração.²⁶⁹ A *An Insanity plea* (declaração de insanidade) não culpabiliza o indivíduo por razões de deficiência ou doença mental. Neste veredicto as autoridades prisionais devem prover necessário tratamento psiquiátrico e psicológico para restaurar a saúde mental do ofensor.²⁷⁰

3.7 Análise do princípio do contraditório.

O direito brasileiro categoriza o contraditório como um princípio sem explicitar a sua lógica. Com efeito, o presente tópico visa à dissecação do contraditório como elemento de produção de verdade, no direito brasileiro, em uma perspectiva comparada.

A dialética de HEGEL determina um diálogo em que a verdade surge a partir da discussão e das contradições, essa verdade derivaria do embate entre *tese* e a *antítese* e, daí, à *síntese*. Para o filósofo uma suposição (*tese*) não pode se pôr sem se contrapor a outra (*antítese*) em que a primeira é negada, transformada em outra que não ela mesma. A primeira proposição encontrar-se-á finalmente transformada e enriquecida numa nova fórmula que era, entre as duas precedentes, uma ligação, uma "interposição" que se chama de *síntese*²⁷¹.

O contraditório no direito criminal brasileiro não pressupõe os aspectos da dialética de HEGEL, para a conclusão de uma verdade. Este exige a discordância onde, em regra²⁷², não há a possibilidade de concordância entre as teses da defesa com a da acusação, tampouco a sentença não corresponde à *síntese*, como resultado de elementos da *tese* e da *antítese*. Em regra o magistrado opta por um dos argumentos expostos; o estabelecimento de um vencedor e um vencido não decorre de um jogo dialético entre as partes, mas por determinação do Estado: este modelo aproxima-se do método da *disputatio* existente no período medieval.

²⁶⁹ BLACKS'S LAW DICIONARY. Verbete *Plea of nolo contendere*.

²⁷⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980,p 29

²⁷¹ HEGEL G.W.F. *Science de la Logique*. Paris: Aubier. 1959. pg 56- 72

²⁷² Como exceção a transação penal dos juizados espaciais criminais.

Afirma o autor CAPEZ, que em razão do direito penal tratar de direitos indisponíveis, a contrariedade à acusação é obrigatória com o fim de atingir os escopos jurisdicionais.²⁷³ Observa-se que o escopo jurisdicional no direito brasileiro não é voltado para o cidadão.

Todavia, percebe-se que o contraditório no direito brasileiro, em razão da influência religiosa, aproxima-se do princípio da contradição de Aristóteles²⁷⁴, que determina que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo²⁷⁵ e a verdade é apenas uma, que deve ser alcançada pelo magistrado.

Segundo AMORIN o contraditório representa uma lógica de embates paralelos e contrários remetida ao infinito, necessitando de uma autoridade que interrompa esse contraditório determinando seu término²⁷⁶. Por não comportar a acomodação dos discursos em uma síntese, que corresponda a uma verdade construída, este no direito brasileiro se dá no momento em que o magistrado forma o seu convencimento. Assim, determina a doutrina jurídica brasileira, no dizer de ADA PELEGRINI porta voz²⁷⁷ do campo jurídico brasileiro: “Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento.”²⁷⁸

A Dialética de Hegel pressupõe uma lógica argumentativa onde há a possibilidade de consenso. Como afirmado por PERELMAN somente haverá fato, do ponto de vista argumentativo, se houver consenso.²⁷⁹ No entanto, o contraditório, no direito brasileiro, não pressupõe o consenso, mas o dissenso como elemento essencial ao alcance da justiça, fundada na busca da verdade real. Para tanto, como já afirmado, os autores direito brasileiro afirmam que o magistrado deve investigar mesmo quando

²⁷³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 31.

²⁷⁴ A partir do século VII, o pensamento aristotélico exerceu grande influência no pensamento da igreja católica. ULMANN, Walter. *História del pensamiento político em la Edad Media*. Barcelona. Ed. Ariel. 1997. pg 164-165.

²⁷⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Porto Alegre: ed. Globo. Cap. IV 3, 1005 b, 19-20.

²⁷⁶ AMORIM, Maria Stella. *Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro*. Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro, n.o. 17 Agost. 2006, p 107-131 capturado em 20/07/2009 no site http://www.jfj.gov.br/Rev_SJRJ/num17/revistaSJRJn.17.pdf

²⁷⁷ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas Lingüísticas: O que falar quer dizer*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. Pg. 89.

²⁷⁸ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 27, p. 71-79, 1999.

²⁷⁹ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 76

os fatos forem incontrovertidos²⁸⁰, não permitindo, em regra, um acordo entre as partes. Por conseguinte, o encontro da verdade no processo penal brasileiro não decorre de uma construção através da argumentação e dos fatos dialogicamente consensualizados pelas partes, mas sim, do convencimento do magistrado através de uma percepção individual sobre a verdade, onde as partes participam não como construtoras dessa verdade, mas, como auxiliares de uma verdade determinada pela autoridade.

O contraditório no sistema jurídico brasileiro reproduz a forma de ritual encontrada nas Universidades medievais que, orientado pelo método escolástico, fundase na autoridade e na existência de verdades incontestáveis.

Segundo BERMAN, o método de estudo do direito nestas Universidades partia das glosas e incluía como métodos de ensino a chamada *disputatio*, que era uma discussão sobre alguma questão de direito em forma de debate entre os estudantes ou entre os professores de direito, versando sobre questões de direito e não de situações reais.²⁸¹ O método se estruturava, segundo LIMA LOPES, a partir de questões escolásticas: “(1) *quaestio (dubitatio)* sobre uma verdade aceita; 2) *Propositio* (citação de autoridade a favor da tese) ; 3 *Oppositio* (citação de autoridade contra a tese) e por fim a *Solutio* (conclusão apresentada pelo debatedor, fosse bacharel ou doutor)”²⁸²

De acordo com FOUCAULT, a *disputatio* era uma forma de prova que apelava não para testemunhas da verdade, mas para testemunhas de força, ou seja, força da autoridade que invocavam²⁸³.

Constata-se que a cultura jurídica hodierna nacional segue a mesma lógica da *disputatio*, pois é auto-referencial, ou seja, busca sempre a confirmação de seus pressupostos na conformidade de seus próprios postulados com as matrizes de pensamento dos autores tradicionais, porta vozes do campo.

Assim, é recorrente no campo jurídico brasileiro buscar a legitimação dos seus discursos não pela “autoridade do argumento”, mas pelo “argumento de autoridade”. Isto quer dizer que a relevância dada à veracidade do discurso é proporcional à medida

²⁸⁰ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

²⁸¹ BERMAN. Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica. 1996. pg. 141

²⁸² LIMA LOPES. José Reinaldo. *O direito na História*. 2.a. ed. São Paulo. Max Limonad. 2002, p. 129

²⁸³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro ed. NAU. 1999. pg 76-77

que se aproxima da idéia do pensamento de determinado autor consagrado, mais do que pela argumentação fundamentada em fatos e evidências. Segue um trecho de um livro de direito processual penal brasileiro, que demonstra como se procede à forma como os atuais autores buscam a legitimação dos seus discursos:

*“Assevera-se que, do mesmo modo, em havendo manifestação do promotor pelo arquivamento, não pode o juiz determinar o prosseguimento das investigações, pois, conforme Tourinho Filho, citando Espinosa Filho: ‘ Do contrário, estaria ele exercendo atividade persecutória fora dos casos em que a lei lhe permite. Isto porque, antes de intentada a ação penal, com oferecimento da denúncia, não tem o juiz atribuição de determinar diligências, sejam quais forem e para o que forem, pois tal ato é privado do Ministério Público, como corolário parcial de sua atribuição privativa de promover a ação penal ’ ”.*²⁸⁴ (grifo nosso)

Como se pode perceber do texto acima, o pensamento dogmático não lida com discurso jurídico como um dado empírico, mas como uma verdade que serve de instrumento à ratificação seus próprios discursos.

Como já afirmado, o sistema jurídico brasileiro ainda reserva significativo estigma religioso católico, verificável nas formas ritualísticas de seus procedimentos. A escolástica exerce ainda hodiernamente forte influência no direito brasileiro. Assim, segundo os publicistas *“uma das necessidades mais urgentes para a filosofia escolástica consistia na criação de uma síntese das verdades da igreja e das aristotélicas.”*²⁸⁵ Por tal razão, a concepção de verdade aristotélica passa da instituição religiosa para o sistema jurídico.

²⁸⁴ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p. 108-109

²⁸⁵ KORANYI, Hans. *O pensamento de São Tomás de Aquino*. Ed. Íris São Paulo. 1959. pg 30

Reiterando o supra-afirmado, por tal influência o contraditório no sistema brasileiro aproxima-se do princípio de contradição de ARISTÓTELES afastando-se da dialética de HEGEL.

Em tal racionalidade o contraditório é necessário e obrigatório, assim determinam os autores *“Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPP, art. 261 e 263) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado.”*²⁸⁶

A defesa não pode, salvo exceções, concordar com a acusação. Ao contrário a acusação pode concordar com a defesa. O juiz, todavia, segundo a norma processual penal, não está obrigado a aceitar. É o que determina o artigo Art. 385 do Código de Processo Penal: *“Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”*

A regra obriga a existência do contraditório e este é, segundo a doutrina, essencial, pois que *“o réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim que possa ser condenado sem ser ouvido”*²⁸⁷ (grifo nosso).

O contraditório, como forma de defesa no direito, reproduz uma modalidade de produção de saber que impõe ao acusado a produção de provas em seu favor e a necessidade de discordar; sem a possibilidade de negociação da verdade, assim afirma TOURINHO FILHO que *“a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda dar interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa”*²⁸⁸

No direito anglo-saxão as provas são definidas pelas regras de exclusão de evidências, em audiência pública e preliminar com a presença da acusação e da defesa. Assim, a acusação deve, e é facultado à defesa, a apresentação das evidências, que pretendem levar ao processo. Estas serão submetidas a crivo das regras de exclusão,

²⁸⁶ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 63

²⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 21

²⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 21

nesta audiência com a participação ativa dos contendores em meio a debates, serão consideradas como provas para serem utilizadas no processo as evidências que não forem restringidas pelas regras de evidência, a exemplo a secção 16(2)-(4) das regras de evidências do *Canada evidence Act* que determina que o menor de 14 anos somente poderá ser uma evidência testemunhal se compreender o compromisso de dizer a verdade.

Durante o decorrer do processo, poder haver alguma exclusão de evidência por violação as regras, todavia, a argumentação das partes durante o julgamento não recai sobre a questão da existência ou inexistência de provas, mas sim se as provas apresentadas alcançaram o nível de verossimilhança necessário a uma condenação.

A lógica da verdade real no direito brasileiro se aproxima da perspectiva da contradição Aristotélica, na medida em que está presente a idéia de que ou há provas ou não há provas, assim a dúvida do magistrado incide sobre a existência ou não de provas, ao passo que no processo anglo-saxão o que é considerado prova está consensualizado, e a dúvida do magistrado surge em relação ao grau de certeza que as provas podem trazer, que nos casos criminais deverá ser para além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*).

Com efeito, no direito anglo-americano, a verdade a ser admitida como elemento decisório no processo é construída de forma coletiva e conjunta, por tal razão há neste modelo a valorização da argumentação das partes, que buscam a partir das provas delinear os padrões de verossimilhança.

A tradição do contraditório no modelo do sistema brasileiro é uma regra antagonica à idéia de consenso entre os sujeitos, como já dito, impeditivo da negociação da verdade pelas partes, pois a verdade nesse modelo por ser verdade real é indisponível. Tal ideário é fundamento do instituto do livre convencimento do juiz, e parte da crença de que a verdade nasce da dissensão e que o magistrado irá percebê-la. Por conseguinte, o *standard* do contraditório produz em toda dogmática brasileira uma gama de opiniões divergentes e as mais diversas interpretações da norma penal, e tal fenômeno é interpretado pelo campo jurídico como positivo para a criação do direito. Com efeito, há uma grande variedade de decisões judiciais e doutrinas jurídicas, sobre as mesmas questões e os mesmos aspectos. A uniformização e consensualização de

posicionamentos não são, com frequência, avaliadas como positivas na perspectiva de um *status* de segurança jurídica, mas sim, como ameaçadora da liberdade de decisão do magistrado²⁸⁹.

Por fim, direito ao contraditório no sistema brasileiro afasta-se do modelo adversário anglo-americano, na medida em que se expressa contrário a um processo entre partes.

O sistema adversário busca um consenso entre as partes para se alcançar à verdade, portanto elas são agentes que atuam mediadas pelo magistrado, na construção da verdade no processo penal. O sistema contraditório lida com o dissenso, o qual a partir da discordância entre as partes é que verdade poderá ser captada pela autoridade. A não possibilidade, no processo penal brasileiro, de concordância entre acusação à defesa é significativo para demonstrar que as partes exercem uma função assessória no processo penal.

A referida idéia está presente nos autores brasileiros, a exemplo no dizer de CAPEZ: *“A bilateralidade da ação gera bilateralidade no processo de modo que as partes em relação ao juiz não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias”*²⁹⁰ (grifo nosso).

Assim, a figura do autor e do réu no processo penal exercem o papel mais de colaboradoras da verdade a ser descoberta pelo juiz, do que de adversários em uma disputa, por tal motivo a dialética argumentativa das partes, no processo brasileiro, não se representa como ponto relevante, pois não são significantes para a construção da verdade.

Compreende-se então, a razão pela qual a pesquisa sobre o direito anglo – americano não constatou a existência de nenhuma categoria equivalente ao contraditório existente no direito brasileiro. De acordo com o direito estadunidense, quando uma pessoa é acusada de um crime, o Estado em alegação de sua culpa torna-se seu adversário, que é representado na corte por um promotor. O promotor, por conseguinte

²⁸⁹ Exemplo refere-se ao debate em torno da súmula vinculante. “A Súmula retira do juiz a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção, ou seja, a sua independência para julgar. Torna-se o juiz um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior, comprometendo-se, dessa forma, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência” D’URSO. Luis Flávio Borges. Súmula Vinculante é Retrocesso. (capturado em 25/05/2008. no site http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/)

²⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p 19

é o adversário oponente em um processo criminal e o defensor é quem deve representar seu cliente²⁹¹, ao passo que no direito brasileiro representam, como firmado pelo autor, como auxiliares da justiça. Enquanto o direito do EUA e do Canadá é um sistema de modelo adversário o direito brasileiro é um sistema de modelo contraditório.

De acordo com o autor estadunidense GARDNER o único propósito do processo criminal anglo-americano é o de determinar se o promotor conseguiu estabelecer a culpa do acusado, como exigido pela lei. Com efeito, o juiz não permitirá utilização do procedimento para nenhum outro propósito que não este.

Os dois adversários, promotor e advogado de defesa, aproximam-se dos fatos do caso sobre diferentes perspectivas. Cada advogado vem para o tribunal para apresentar as evidências e seus argumentos. O julgamento do juiz e do júri são julgamentos imparciais. Dentro da estrutura das regras de evidência e das regras de procedimento da corte, testemunhas e evidências são apresentadas. Testemunhas são questionadas e a evidência é impugnada.²⁹²

Dentro do modelo adversário o juiz não é instrutor do processo e as partes adversárias constroem a verdade por meio de um mediador que é o magistrado.²⁹³ As Cartas de Direitos canadenses e estadunidense, por originarem da mesma tradição inglesa, apresentam garantias similares conferidas aos cidadãos acusados de casos criminais, que possibilitam ao acusado examinar a testemunha de acusação e caso queira poderá trazer suas testemunhas, neste modelo as partes não são contraditórias mas sim adversárias. No direito brasileiro impera a lógica do contraditório na qual as alegações contrárias são essenciais. Tal fato percebe-se no texto descrito abaixo pelo autor POLASTRI LIMA:

“Porém não se pode negar que o contraditório existe e sempre deve estar presente, de forma a caracterizar o devido processo legal, o que não deixa de equilibrar as partes, podendo neste aspecto, se traduzir

²⁹¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 08

²⁹² GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 08

²⁹³ DEL BUONO. Vincent M. *Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials*. Toronto. Butter Worth. 1981 p.02

em um meio de se alcançar a paridade de armas, ao menos no que se refere à instrução probatória processual."²⁹⁴

Por se tratar de um processo adversário o direito criminal anglo-americano permite a composição entre as partes através da negociação da verdade. Para tanto, este sistema considera a verdade jurídica como sendo algo construído pelas partes. De modo diverso o direito brasileiro em razão de admitir a busca pela verdade real como objetivo do processo, a composição entre as partes em matéria penal se apresenta como estranha a sua tradição jurídica, onde verdade real obtida através do contraditório, tendo as partes auxiliares da justiça

²⁹⁴ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*.vol.1 Rio de janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2008. p 70

CAPÍTULO IV.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A cláusula *due process of law*, na tradição da *Common Law*, sustenta CORWIN, teria surgido no reinado de Edward III em atendimento a uma petição que lhe havia sido apresentada. O parlamento inglês editou uma lei (*Statute of Westminster of the Liberties of London*) onde determinava que: ‘*Nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver respondido ao processo legal regular*’,²⁹⁵ substituída a expressão *per legem terrae* por *due process of law*, descrição, segundo afirma, baseada no espírito do *law of land*.²⁹⁶

Nos antecedentes do direito algo - saxão quando o indivíduo acusado se recusava a falar havia uma presunção de culpabilidade e para tanto era utilizado um instituto jurídico denominado *peine forte et dure*, lhe aplicando uma pena que acabava matando o acusado, todavia, o acusado se mantinha em silêncio pois tal sanção não alcançava sua prole e seus bens. Com o passar dos anos, quando um indivíduo se negava a falar diante de uma acusação, convencionou-se a intervenção de um terceiro que com a expressão *not guilty*, obrigando assim a instauração do processo, submetendo a parte acusadora a ter que provar suas alegações diante de julgadores.²⁹⁷ Por tal razão é que tanto nos EUA como no Canadá o processo judicial se instaura sob o signo da presunção de inocência.

A tradição da *Common Law* estadunidense e canadense é de origem inglesa, assim o *due process of law* representa, no sistema da administração da justiça criminal anglo-americano dos Estados Unidos e do Canadá, um direito subjetivo constitucionalmente garantido às pessoas acusadas. Assim, representa um direito, pois que se reveste de disponibilidade, de tal forma, fica ao arbítrio do acusado seu livre

²⁹⁵ CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p. 263.

²⁹⁶ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 15

²⁹⁷ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro. Lumen júris. 2004. p 27-28.

exercício, podendo em regra geral renunciar ao direito ao processo em relação a qualquer crime.²⁹⁸

O procedimento judicial no direito dos EUA e no sistema de justiça criminal do Canadá somente se formaliza quando o acusado, alega não ter culpa nas acusações que lhe são imputadas ou se mantêm em silêncio, solicita o julgamento pelo *trial by jury*. Nestes modelos o acusado pode escolher em casos de crimes graves ter um processo por um único juiz ou um juiz e júri. É neste momento que a acusação se formaliza e o processo se instaura. Nesta solicitação de instauração formal do processo, o acusado exerce o seu direito ao *due process of law*, como garantia de ser julgado pelos seus pares ou por um juiz e assim ter assegurada uma decisão equânime e imparcial.²⁹⁹

Na tradição jurídica anglo-americana a negociação de culpa do acusado pode ser feita a qualquer momento, mesmo após a instauração formal do processo.³⁰⁰ Assim, logo que o acusado aceita a proposta feita pelo promotor, admitindo a culpa no todo ou em parte, significa que ele tem o direito a dispor sobre sua liberdade e abdicar do seu direito ao *due process of law*. Por consequência, fica esta decisão como final. Com efeito, por essa lógica, tem-se o processo judicial como um direito pessoal e disponível das pessoas acusadas.³⁰¹

A cláusula do *due process of law*, faz parte do conjunto de direitos das pessoas acusadas e representa um direito subjetivo e disponível, e não um direito conferido ao Estado acusador, como no sistema brasileiro.

As garantias inerentes ao *due process of law*, espalham-se nas 4.^a 5.^a, 6.^a 7.^a e 14.^a emendas à Constituição dos E.U.A e no direito do Canadá estão disposto na Carta de Direitos na seção 7 a 14. Tais direitos são garantias oponíveis ao Estado. Esta cláusula determina que as pessoas acusadas de delitos criminais, que estão sob a ameaça de perderem sua liberdade, vida ou propriedade, não sofrerão nenhuma coação do Estado, destes direitos, sem que exerçam o seu direito ao *due process of law*, ou seja, o direito ao próprio processo judicial, que se concretiza no julgamento por um juiz ou por

²⁹⁸ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 p 09

²⁹⁹ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 09

³⁰⁰ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005. p. 673

³⁰¹ FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 10

um tribunal de jurados (*trial by jury*). Portanto, para o sistema anglo-saxão o processo é um direito das pessoas que se declaram não culpadas das acusações que lhes são imputadas, sendo que o julgamento é um direito que alguém, na qualidade de acusado, evoca para si em determinado momento.

De acordo com o autor americano CORWIN, a IV (quarta) emenda a Constituição dos EUA tem sua relevância acentuada em virtude da posição doutrinária adotada pela Corte Suprema de 1886, no caso *Boyd vs. EUA*, onde entendeu que a referida emenda dever ser conjugada com a cláusula que veda a auto-incriminação da V (quinta) emenda à Constituição, de modo que, quando qualquer apreensão de papéis ou objetos for considerada irrazoável, sob o enfoque da quarta emenda, tais documentos e coisas não poderão, de acordo com a V (quinta) emenda, ser aceitos como prova por qualquer tribunal federal contra a pessoa de quem foram apreendidas.³⁰² A mesma garantia é assegurada na seção número 7 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá.

A construção do princípio do *due process of law*, no direito estadunidense e canadense, reafirmam sua tradição jurídica consubstanciada na liberdade de escolha do cidadão e na participação popular, e são representações do modelo democrático liberal, assegurado e constituído como garantia às liberdades públicas em oposição ao poder do Estado.

As emendas da Constituição dos EUA, e o texto da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, expressamente descrevem o processo como um direito das pessoas acusadas, dispondo que as privações da vida, da liberdade e da propriedade pelo Estado, devem ser legitimadas através da necessidade do emprego de procedimentos justos, tais como julgamentos com alegações contrárias, ou ainda em audiências que conferem a igualdade de oportunidades às partes de argumentar e apresentar provas.³⁰³

As garantias às pessoas acusadas podem apresentar-se, no direito estadunidense e canadense tanto de forma “explícita” como “implícita”. Assim são exemplos: a proibição do *bill of attainder*, que implica na vedação de considerar alguém culpado pela prática de um fato delituoso sem a precedência de um processo e

³⁰² CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986. p. 250.

³⁰³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004*, p 16

juízo regular, assegurando ao acusado a defesa; a proibição de leis retroativas (*ex post facto law*); o direito a julgamento por um júri no direito estadunidense e a direito a escolha de um juiz ou um corpo de jurado no sistema do Canadá; a impossibilidade de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo crime (*double jeopardy*); a vedação à auto-incriminação forçada (*self incrimination*); o direito a um julgamento rápido (*speedy and public trial*); o direito à defesa das acusações que lhe são imputadas; a possibilidade de confrontar testemunhas de acusação; de produzir provas; a presunção de inocência; o direito à assistência de um advogado e de exigir o comparecimento forçado, se necessário, das testemunhas de defesa,³⁰⁴ o direito de ter garantido o ‘seu dia na Corte’ (*his day in the Court*), ou seja, de ser ouvido pelo juiz, o de ser ouvido quanto antes em audiência judicial (*prompt hearing*), além da garantia de ser informado pela autoridade policial do seu direito de permanecer calado; de ser assistido por um advogado dativo, caso não haja disponibilidade ou possibilidade de contratar um profissional habilitado.³⁰⁵ Estas garantias são reconhecidas no sistema constitucional dos Estados Unidos e do Canadá pela lei e pelas decisões judiciais.

O autor NEUBAUER afirma que a limitação ao uso do poder do Estado refere-se àquelas garantias conferidas às pessoas acusadas, onde uma das mais proeminentes é a garantia de considerar a negativa de culpabilidade até que se prove a culpa, além de outras, como a de permanecer em silêncio e o direito ao julgamento pelo tribunal do júri (*Trial by Jury*). Estas proteções que estão concretizadas na Constituição dos Estados Unidos, no *Bill of rights* e na Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, herança do sistema inglês da *Common Law*, na afirmativa do autor, não são uma liberdade para o culpado, mas uma proteção ao inocente. Com efeito, o processo da justiça criminal dos Estados Unidos e do Canadá baseiam-se na necessidade da proteção das liberdades individuais tanto do indivíduo inocente, como do sujeito culpado.³⁰⁶

Os autores brasileiros identificam o princípio do devido processo legal com o mesmo instituto do sistema da *Common law* denominado *due process of law*. Neste sentido, afirma TOURINHO FILHO “ *entre nós, embora sem expressa disposição*

³⁰⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. p.34-36.

³⁰⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. p.37.

³⁰⁶ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 19.

legal, sempre se observou o princípio do due process of law”³⁰⁷ Com essa afirmação os autores nacionais invocam a historicidade do *due process of law* como fonte originária do modelo brasileiro de devido processo legal, assim descrevem a *Magna Charta* de 1215, bem como a V emenda a Constituição norte americana como referencial ao nosso sistema.³⁰⁸ Ocorre que, tais institutos têm representações muito distintas em razão das tradições jurídicas terem simbologias diferentes e até mesmo antagônicas.

O devido processo legal, no sistema jurídico brasileiro, representa a submissão do cidadão a um processo instaurado pelo Estado, que tem que atender as exigências da norma procedimental para efetuar a punição. Neste sentido afirma POLASTRI LIMA, “portanto, o réu só pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens com garantia de um processo legal, ou seja, da forma prescrita em lei”³⁰⁹ (grifo nosso) Assim, a representação do *due process of law* e do devido processo legal tomam contornos distintos. Enquanto a doutrina brasileira firma a tradução da expressão *due* como um procedimento dentro dos padrões legais, o direito anglo-americano, ao contrário, determina a representação da palavra *due* como devido, portanto como uma dívida do Estado em relação ao cidadão.

O direito de instaurar a ação penal é sempre do sujeito que teve “em tese” violado o seu bem jurídico protegido, seja o ofendido nos casos das ações penais privadas, seja o membro do Ministério Público, no caso das ações penais públicas, que representam a grande maioria dos crimes, ou seja, o processo pertence ao Estado. Assim, se dá os termos da legislação penal brasileira:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

³⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 25

³⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 26

³⁰⁹ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p 20

§ 2º - *A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*

§ 3º - *A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

§ 4º - *No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

O *due process of law* no sistema anglo-americano e canadense faz parte do conjunto de direitos das pessoas acusadas, o processo pertence ao cidadão acusado, ou seja, representa um direito subjetivo e disponível, e não pertence ao Estado acusador. Deste modo, a instauração do processo ocorre por conta do acusado. Isto impõe a promotoria a ter que provar a culpa do acusado.³¹⁰

Assim, o instituto do *due process of law*, na figura do sistema de administração da justiça criminal dos EUA, é um direito pessoal e disponível, que pertence ao acusado: pessoal, pois cabe a este o exercício do direito de iniciar o processo perante o *trial by jury*; disponível, pois pode abdicar de ser julgado por este tribunal, podendo, a partir de então ter sua culpa negociada, desde que o réu consinta em admiti-la em determinada proporção. Representa assim, um instrumento que pressupõe a inocência dos indivíduos traduzindo-se como um direito de defesa.

³¹⁰ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Ed Lúmen Júris. 2004, pg 72

CAPÍTULO V.

BASES DO SISTEMA DA *COMMON LAW* ANGLO - AMERICANA.

Para fins desse trabalho entende-se como *Common Law* anglo-americana os sistemas jurídicos de influência da tradição jurídica da *Common Law* inglesa, que se situam na América do Norte, portanto, a pesquisa privilegia o Canadá e os Estados Unidos da América, como principais referências do sistema da *Common Law* no continente americano.

5.1 Bases procedimentais da administração da justiça criminal dos Estados Unidos.

Os Estados Unidos da América é uma democracia republicana federativa e presidencialista. No sistema político dos Estados Unidos o governo federal e cada estado e o distrito³¹¹ tem autoridade para criar o seu próprio direito penal material e processual.

O autor JAMES define o sistema de administração da justiça criminal como sendo agências e procedimentos estabelecidos para administração do crime, bem como das pessoas acusadas de violação à lei criminal³¹².

Destarte, como já dito, na *Common Law* americana é permitido legalmente chegar-se a um consenso sobre a culpabilidade do acusado,³¹³ pois o que predomina é a verdade estabelecida entre as partes através de seus advogados.³¹⁴

Segundo MILLER, a Constituição Norte Americana concede de forma explícita o poder ao governo federal para criminalizar determinadas condutas no âmbito federal, como por exemplo, falsificação, pirataria, *felonies* (crimes graves) em alto mar, traição, etc.. e implicitamente através da cláusula *necessary and proper* (necessária e

³¹¹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 04 capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³¹² INICIARD. James A. *Criminal Justice* University of Delaware 1990 U.S p 152

³¹³ SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês: e norte americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro: Dunod, Paris,. Editora Landy, 1999, p. 150.

³¹⁴ KANT DE LIMA, Roberto. *Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público*. In *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 161-198.

adequada) permite com a conjugação dos poderes do governo federal conjuntamente com o poder regulamentar interestadual.³¹⁵

Nos Estados Unidos há dois níveis de crimes, *misdemeanors* e os *felonies*. Muitos *misdemeanors* referem-se a ofensas menos sérias, puníveis com não mais que um ano de prisão. *Felonies* é uma classificação reservada para os crimes mais sérios, punidos com um ou mais anos de prisão cumulados ou não com multa de pelo menos US \$500,00 (quinhentos dólares americanos). Muitos estados, assim como o Governo Federal, têm estatutos penais prevendo a pena de morte.³¹⁶

Segundo MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE o policiamento é em grande medida uma atividade local nos Estados Unidos. A principal responsabilidade pela atividade de policiamento criminal é dada às unidades do governo local, tais como forças policiais da cidade. No entanto, o espaço da aplicação da lei é complementando pela força policial dos estados membros da federação. O FBI raramente atua de forma ostensiva na manutenção da paz; tendo uma maior formação na atuação específica quando comparado à aplicação da lei local, na aplicação da lei penal geral. Os oficiais federais (FBI) são, em grande parte, responsáveis pela aplicação da legislação federal de forma específica, a exemplo, receitas fiscais, os serviços aduaneiros, de imigração, e outros títulos.³¹⁷

Segundo os mesmo autores a persecução no âmbito federal (*United States Attorneys*) é responsável pela investigação e acusação da violação à lei federal. Dispersos entre os Estados Unidos em 93 escritórios sedes e 128 sucursais, estes *Attorneys* são responsáveis pela persecução dos casos criminais trazidos pelo governo federal por violações a lei criminal, incluindo atividades criminosas como: terrorismo doméstico e internacional, tráfico organizado de drogas, crimes de colarinho branco (*regulatory offenses*). Os *United States Attorneys* são nomeados pelo Presidente da República com a recomendação e consentimento do Senado Federal dos Estados

³¹⁵ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 04. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³¹⁶ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 04. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³¹⁷ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 04. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

Unidos.³¹⁸ Já a persecução estadual (*states attorneys*) são basicamente advogados, voltados ao atendimento da população do estado e tem múltiplas funções, incluindo defender a lei e a Constituição do estado, bem como representar o estado no litígio.³¹⁹

A Constituição dos Estados Unidos determina que o poder judiciário seja atribuído à Corte Suprema dos Estados Unidos e também às cortes inferiores.³²⁰

A aplicação da lei pelos oficiais de polícia pode ser conduzida através das suas próprias observações, através da informação de testemunhas, ou através de investigação. Uma vez que o policial acredita que um crime foi cometido, será registrado como *Known offense*.³²¹ O procedimento da justiça criminal dos Estados Unidos inicia-se com a decisão policial de prender um suspeito o *Arrest* (detenção).

Continuando, os mesmo autores afirmam que o mandando de busca somente pode ser usado quando existe a chamada causa provável. Causa provável é aquela que ocorre quando fatos e circunstâncias de conhecimento pessoal do oficial de polícia levam a razoáveis e confiáveis informações para acreditar que:

(1) No caso de detenção, o crime estava sendo cometido e a pessoa que foi presa o cometeu.

(2) No caso de busca, o ítem particularmente descrito no mandado, poderá ser encontrado no local da busca.³²²

De acordo com os autores, numa pequena porcentagem de casos, a polícia faz apreensões baseando-se em uma autorização legal de detenção, ou seja, um documento do tribunal que autoriza que a polícia leve uma pessoa sob sua custódia. Porém, a

³¹⁸ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 04. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³¹⁹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 05. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²⁰ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 05. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²¹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²² MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

maioria das apreensões são realizadas de forma legal, sem a necessidade de uma autorização do juiz.

No sistema da *Common Law*, a polícia tem o poder de levar uma pessoa sob custódia caso acredite (*probable cause*) que esta cometeu um *felony*, ou seja um crime grave. Mas se o crime é um *misdemeanor* (um crime de menor ofensividade que um é normalmente punível com multa ou pena inferior a um ano em prisão), a maioria dos estados permite a polícia prender somente se o crime for cometido na presença dela³²³. Situação que corresponde à figura brasileira do “flagrante delito”.

Mesmo quando a polícia tem conhecimento de um crime, esta normalmente não pode prender o criminoso; somente quando a vítima é confrontada com o seu ofensor e pode identificá-lo, assim será preso e poderá ser acusado. O flagrante policial, no sistema dos EUA, se dá aproximadamente nos primeiros quinze minutos após o cometimento de um crime.³²⁴

A maior parte das detenções é feita sem o mandado de prisão. A polícia vai obter o mandado de prisão em algumas circunstâncias, particularmente quando o suspeito está localizado fora da jurisdição da polícia para prendê-lo. O mandado permite qualquer oficial prender o suspeito e reenviá-lo à jurisdição onde o crime foi supostamente cometido.³²⁵

Segundo a doutrina dos EUA, depois que um suspeito é preso, a polícia deve buscar junto à autoridade judicial a permissão para continuar mantendo o indivíduo sob custódia. De acordo com o autor JACOB, é permitido à polícia ignorar alguns casos que entenda como irrelevantes, ou ainda apenas fazer uma advertência, sem conduzir o possível delinqüente sob custódia³²⁶. Se for um caso grave, normalmente a polícia requer, se necessário, a instauração de uma acusação formal pelo *District Attorney*. (acusação). A acusação age como ponte de ligação entre a polícia e os tribunais.

³²³ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 27

³²⁴ JACOB, Herbert. *Justice in America. Court, lawyers and the judicial Process* 3.a. ed Boston Little, Brown and company, 1978 p. 169

³²⁵ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²⁶ JACOB, Herbert. *Justice in America. Court, lawyers and the judicial Process* 3.a. ed Boston Little, Brown and company, 1978 p.170.

Após o registro do suspeito no departamento de polícia, mas antes de ser levado ao magistrado, a polícia deve fazer uma revisão interna da decisão de detenção de prisão. Neste momento o oficial, revendo o caso, pode decidir em ajustar a acusação. É possível também ser determinado que a acusação não seja levada adiante, e neste caso o suspeito será solto.³²⁷

Os *Attorneys* geralmente determinam em primeiro lugar se a acusação deve ser arquivada no todo ou em parte e esta determinação geralmente liga-se com a existência ou não de evidências suficientes. Se a acusação o promotor determinar que certas imputações são mais apropriadas, então ele deve decidir exatamente que imputação deve ser feitas e em quais circunstâncias.³²⁸

Com efeito, afirma NEUBAUER, que acusação coordena quais serão as imputações criminais a serão feitas, além de influenciar a fixação de fiança e na negociação da culpabilidade do acusado (*Plea bargain.*)

Os *Attorneys* do EUA e também do Canadá têm ampla autonomia para formalizar a acusação criminal, decidindo se estas devem ou não ser arquivadas. Durante esta avaliação inicial, devem considerar a força da evidência.³²⁹

O *Initial appearance* é o primeiro encontro do acusado com os tribunais. Neste momento, a ele é determinada uma advertência formal (advertência de acusação formal) e o juiz científica o acusado do direito de permanecer calado, do direito a um advogado, do direito a fiança e do direito à *preliminary hearing*,³³⁰ (audiência preliminar)

A *preliminary hearing* (audiência preliminar) que representa um período de exame preliminar em alguns estados, tem o propósito de proteger o acusado contra a instauração de um processo não comprovado. Se aplicável, é uma audiência preliminar de natureza adversária, na qual o acusado e seu advogado podem estar presentes. A defesa e a acusação podem trazer e argüir testemunhas adversárias (*cross examination*).

³²⁷ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²⁸ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³²⁹ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 27-28

³³⁰ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 28

Se o juiz, na audiência preliminar, achar que existe causa provável (*provable cause*) de que o acusado cometeu um delito, o mesmo irá enviar o acusado para ser julgado.³³¹ Com efeito, é a primeira vez em que o juiz avalia a força das evidências contra o acusado.

Na *preliminary hearing*, a acusação deve demonstrar que existe “causa provável” que leve a crê que o acusado cometeu um *felony*. A *probable cause* pode ser demonstrada através da probabilidade de o acusado ter cometido o crime. Porém, neste momento, as exigências de evidência são menos rígidas do que durante o julgamento no tribunal do júri. Se o juiz determinar que há “causa provável” o acusado será levado para o *Grand Jury* (júri de acusação). Caso contrário, o acusado é liberado e a acusação não é admitida.

Afirma NEUBAUER, que as *preliminary hearings* (audiências preliminares) estão limitadas inicialmente aos casos de *felony*. Entretanto, nem todos os estados membros requerem uma audiência preliminar e alguns limitam seu uso para crimes mais sérios, como a exemplo o homicídio, para o qual, nos EUA, a pena de morte pode ser imposta. Os casos em que não houver “causa provável” serão desconsiderados pelo magistrado.³³²

Segundo o direito dos EUA o *Plea bargaining* é realizado em uma audiência preliminar, ou melhor, pré-processual, que ocorre entre o *defense attorney* (defensor do acusado) e o *prosecutor* (acusação). É nesse momento que se abrem às possibilidades de haver uma negociação da culpabilidade do acusado, dar-se da seguinte forma: o *prosecutor* e o *defense attorney* reúnem-se na sala do tribunal com o juiz e dedicam-se a discussões no intuito de se chegar a um acordo sobre a culpa do acusado. Assim, a acusação (*prosecutor*) apresenta suas considerações sobre o caso e aponta sua “recomendação”. O advogado de defesa (*defense attorney*) poderá opor-se e oferecer a sua tese de defesa. O juiz apresenta, então, aos advogados uma estimativa do custo financeiro do caso e promete uma sentença específica, caso haja uma negociação entre as partes e, por conseguinte, o reconhecimento, em certa medida, da culpabilidade por

³³¹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 08. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³³² NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p. 28-29

parte do acusado. O advogado de defesa leva então a proposta ao seu cliente, se este o acusado aceitar, os participantes passarão à sala do tribunal para uma cerimônia formal, que a alegação de culpa será apresentado pelo juiz e aceito pelo acusado. Ressalta JACOB que, normalmente a sentença já estava previamente determinada antes da cerimônia. Caso, na fase de *Plea bargaining*, a proposta de acordo seja rejeitada pelo acusado, o caso será levado ao *Grand jury* (júri de acusação), mas isto não obsta negociações adicionais futuras no decorrer do processo.³³³

Na fase do *Plea bargaining* a acusação pode oferecer algumas concessões em troca da aceitação da proposta de negociação, na qual o acusado aceitará em certa medida, uma culpabilidade; em troca, o acusado não exercitará o seu direito ao processo (*due process of law*,) e a acusação não terá que se submeter ao processo buscando provar a culpa do acusado para além de uma dúvida razoável.

Assim, segundo JAMES, as negociações no *plea bargaining* podem ser basicamente de quatro tipos: 1) A tipificação estabelecida na acusação poderá ser substituída por outra correspondente a um delito de menor ofensividade . 2) Nas instâncias criminais, pode-se reduzir os números de imputações, no caso de acusações múltiplas. 3) Pode haver uma “recomendação de indulgência” feita pelo promotor, o que reduziria as chances de uma provável condenação à prisão. 4) Nas instâncias onde uma acusação envolve *negative label*, por exemplo, denúncia de molestar uma criança, esta pode ser desqualificada para uma circunstância considerada menos “repugnante”³³⁴.

Ressalta-se, que até o procedimento do *plea bargaining*, o processo não se instaurou; somente ocorreram fases pré-processuais. O processo é iniciado por acusação formal, informação ou denúncia perante o júri (*information, indictment or presentment*).³³⁵

A *Information* é um documento pelo qual o *prosecutor* declara uma acusação formal, contendo os fundamentos da violação de uma norma e os argumentos e as evidências que sustentam a acusação. O arquivamento da *Information* geralmente

³³³ JACOB, Herbert. *Justice in America. Court, lawyers and the judicial Process* 3.a. ed Boston Little, Brown and company, 1978 p 179-180.

³³⁴ INICIARD, James A. . *Criminal Justice* University of Delaware 1990 U.S , p. 374

³³⁵ INICIARD, James A. . *Criminal Justice* University of Delaware 1990 U.S , p. . 426

acontece na *preliminary hearing*, onde o juiz determina se há “causa provável” para a instauração de um processo.

O *indictment or presentment* é uma acusação formal devolvida pelo *Grand Jury* (júri de acusação) baseado nas evidências apresentadas pela acusação, ou seja: uma vez que o *Grand Jury* se convença da necessidade da instauração do processo formal, para ser o acusado julgado pelo *trial by jury*, este formalizará a acusação através do *indictment*. Somente assim o processo se formaliza e se instaura definitivamente, levando o acusado a julgamento pelo *trial by jury*.

O *Grand Jury* é uma instituição que tem por finalidade precípua proporcionar um controle das acusações não comprovadas. O sistema jurídico dos Estados Unidos manteve o mesmo número de pessoas que o sistema da *Common Law*; assim, o *Grand jury* normalmente é composto por vinte e três membros. Caso a maioria dos jurados que compõem o *Grand jury* acredite na existência de “causa provável” (*probable cause*) para a formalização de uma acusação e, assim, seja o acusado julgado pelo *trial by jury*, (júri de sentença) o *true bill* é declarado pelos jurados sob a imputação criminosa que lhe foi atribuída. Caso o *Grand jury*, (júri de acusação), se convença de que as evidências apresentadas são insuficientes para a formalização da acusação (*indict*), o *no bill* (ou *no true bill*) é declarado ficando rejeitada a imputação criminosa ao acusado, sendo neste ato encerrado o procedimento. O *no bill*, segundo os autores dos Estados Unidos da América, é muito incomum.³³⁶

Ao lado do direito de ser presumido inocente (*not guilty*), até prova de ser culpado (*guilty*), está o direito ao *trial by jury* (júri de sentença) que representa o direito de ser julgado por um tribunal do júri formado por seus pares. Este é sempre apresentado pela doutrina como um dos mais importantes direitos fundamentais concretizados na instituição dos Estados Unidos da América concedido aos acusados de violar a lei criminal.

Um acusado, ou pode ser julgado por um juiz (*sitting alone*) aplicada a determinados delitos), ou pelo *trial by jury* (júri de sentença). O *trial by jury* começa com seleção de doze pessoas e suplentes (salvo em alguns casos), que terão a função de

³³⁶ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p.29

dar o veredicto de *guilty* (culpado) ou *not guilty* (não culpado) ao acusado de forma unânime.

No *trial by jury* dozes jurados são selecionados nos casos de crimes graves (*felonies*) e seis jurados nos crimes menos graves (*misdemeanor*) . Para ambos os lados são fornecidas possibilidades de escolher os membros do júri.

Abertas às declarações da acusação e da defesa, procedem-se ao exame de testemunhas e apresentação das evidências. A acusação apresenta a evidência em primeiro lugar e a defesa pode fazer seu exame. A defesa pode, caso escolha, também apresentar a evidência, tendo a acusação o mesmo direito a exame (*cross examination*). Após ambos os lados completarem seus casos, a acusação tem o direito de fazer impugnações, sob a discricionariedade do juiz do tribunal. Estas fase encerra-se com as declarações da acusação e da defesa. ³³⁷

Logo em seguida o magistrado orienta o júri sobre os princípios do direito penal a exemplo, o da presunção de inocência e o ônus da acusação. A seguir o júri deverá se reunir em segredo, discutirá o caso e proferirá o veredicto que deverá após deliberação, ser unânime em alguns casos. O júri pode declarar o acusado: culpado condenado, culpado por um delito menor, ou não culpado.

Após ser proferido o veredicto, o acusado pode fazer uma moção solicitando um novo julgamento. Para a tradição jurídica da *Common Law*, o juiz julga do direito, e os jurados os fatos. ³³⁸

5.2 Bases procedimentais da administração da justiça criminal do Canadá.

Este capítulo não tem o presente capítulo objetivo de dissecar a estrutura governamental e política do Canadá, mas apenas, de forma preliminar, situar o contexto da inserção de seu procedimento criminal.

³³⁷ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 09. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³³⁸ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006. p 09. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

Ao contrário do Brasil e dos Estados Unidos, que se apresentam como Repúblicas, o Canadá é uma monarquia constitucionalista, tendo como chefe de governo um Primeiro Ministro e como chefe de Estado a Rainha de Inglaterra, que se faz representar no país através do cargo de vice-rei, ocupado por alguém a seu nomeio. Com efeito, possui uma Constituição e uma Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que é uma conquista atribuída ao antigo primeiro-ministro Pierre Trudeau.

O sistema criminal do Canadá recebeu, e até hoje recebe, significativa influência da tradição jurídica da *Common Law* inglesa e estadunidense, sendo caracterizado pelos autores, e alguns estudiosos, como tendo um procedimento de justiça criminal puramente originado da tradição da *Common Law*. No entanto, o Canadá, em razão de seus antecedentes históricos, das lutas entre franceses e ingleses pelo território, permite a coexistência, em um mesmo país, de duas tradições jurídicas distintas, a *Common Law* e a *Civil Law*.

No direito canadense a colonização inglesa se fez impor no domínio da esfera pública, assim mantendo a tradição da *Common Law* para o Direito Público, deixando para os remanescentes da cultura francesa, exclusivamente a província do Quebec, a tradição da *Civil Law* para as resoluções dos conflitos relacionados ao Direito Privado. Portanto, o Quebec é a única província que possui um Código Civil, sendo que as demais provinciais utilizam a tradição da *Common Law* para todas as esferas do Direito Público e Privado.

Ao contrário da tradição anglo – saxônia inglesa e estadunidense, o Canadá apresenta um consistente arcabouço jurídico escrito e tal fato é atribuído as reivindicações da população de origem e descendência francesa, na luta pela permanência de sua identidade francófona. Assim, o país mantém a presença de um Código Criminal que define crimes, tais como assalto, homicídio, roubo, delitos praticados por meio de computadores, crime organizado e terrorismo; reafirmando assim a tradição francesa civilista e codificada. Há também outras infrações presentes na legislação federal, como nos ilícitos que envolvem o Imposto de Renda, Lei de Drogas e Substâncias Controladas. Existem também outras normas de caráter penal, que

são estabelecidas por governos provinciais e municipais,³³⁹ como, por exemplo: as questões de trânsito.

Há certa rejeição por alguns autores e pesquisadores³⁴⁰ à idéia de que do direito canadense se trata de um sistema misto. Todavia, é fato que o sistema criminal do Canadá apresenta um diferencial em relação a outros países de tradição anglo-saxônia. Tal distinção se percebe no modelo unificado em torno da presença de um Código Criminal aplicado indistintamente em todo território do Canadá, que contém uma estrutura similar aos códigos próprios da tradição civilista, com suas devidas subdivisões, como uma Parte Geral, uma lista de condutas consideradas como crimes, além de algumas regras de procedimento.

A existência de tais elementos poderia, na concepção da autora ÖRÜCÜ, classificar o direito canadense como um sistema misto, uma vez que segundo a autora os sistemas jurídicos mistos, no sentido clássico, são sistemas nos quais os elementos de mais de uma fonte jurídica tradicional coexistem ou se misturam.³⁴¹

De forma contrária à tradição anglo-americana estadunidense, em que os estados podem criar ilícitos penais, no Canadá o Parlamento possui competência exclusiva através do *British North America Act 91 (27)* para legislar em matéria criminal. Tal fato é considerado pelos autores como um importante ponto da autoridade federal legislativa³⁴².

Apesar da existência de uma codificação criminal, com aplicação em todo território do Canadá, o procedimento, ou seja, o processo judicial criminal não está

³³⁹ GOSAL, S. *Canada's Criminal Law and The Jury System*. [Capturado em 19.02.09 no site <http://www.canadalegal.info/ref-canada-criminal-law/canada-criminal-law-courts.html>

³⁴⁰ Em entrevistas com alguns professores da faculdade de direito de Ottawa percebi uma contundente resistência, principalmente nos professores de origem francesa, a aceitação de que o sistema jurídico Canadense seja um sistema misto com elementos da *Civil law* e da *Common law*. Negando inclusive que o *Penal Code* seja um Código, apesar de significativamente apresentar uma estrutura típica de uma legislação codificada, como: parte geral e lista de crimes. Tais discursos refletem a tensão interna no Canadá entre anglófonos e francófonos. Acentuando a idéia os Ingleses impuseram, nos casos criminais, o sistema jurídico da *Common law* aos descendentes dos franceses, sem levar a consideração a identidade francófona. Sem de forma alguma tomar parte nessa disputa, pude constatar como fato que o Código Criminal do Canadá tem grande importância, sendo constantemente consultado e referenciado, por advogados, professores e juizes.

³⁴¹ ÖRÜCÜ Esin, *Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a 'Mixed System'*, vol 5.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (May 2001), <<http://www.ejcl.org/52/art52-2.html>>

³⁴² GOSAL, S. *Canada's Criminal Law and The Jury System*. [Capturado em 19.02.09 no site <http://www.canadalegal.info/ref-canada-criminal-law/canada-criminal-law-courts.html>

sistematizado em um Código. Segue a estrutura e a lógica do modelo da tradição da *Common Law* e são em grande parte determinado pelas cortes,³⁴³ ao passo que o direito material ocupa parte significativa do Código Penal.

Os crimes graves são tratados por tribunais de estrutura federal sendo que para as províncias há uma jurisdição sobre matérias referentes à administração da justiça provincial, incluindo a organização das corte provinciais, com jurisdição civil e criminal³⁴⁴. Apesar do governo federal do Canadá ter autoridade sobre o direito criminal e o processo, as provinciais canadenses mantêm autoridade sobre a administração da justiça dentro da sua jurisdição. Cada província administra a maior parte da lei penal e do direito criminal através das forças policiais provinciais e municipais. Muitos municípios estabelecem suas próprias forças policiais.³⁴⁵

De acordo com os autores GRIFFITHS e CUNNINGHAM na estrutura judiciária do Canadá existem quatro níveis de cortes que lidam com casos criminais que são: A Corte Provincial, a Corte Provincial Superior de Julgamento, a Corte Provincial Superior de Apelação. Acima de todas essas está a Suprema Corte do Canadá.³⁴⁶

Cortes Provinciais tem competência originária para cuidar dos casos criminais relacionados aos delitos menos graves. A Corte Superior de Julgamento tem competência originária para os crimes considerados mais graves; a Corte Superior de Apelação tem competência recursal, para conhecer dos recursos das decisões das instâncias inferiores cíveis e criminais.³⁴⁷ Todavia, de acordo com GRIFFITHS e CUNNINGHAM as Cortes Provinciais Superiores somente tem o nome de cortes Provinciais, pois estas cortes têm de fato uma vinculação federal. As decisões são dadas por maioria, cabendo recurso a Suprema Corte do Canadá, que recebe casos de todas as províncias e territórios do Canadá, bem como, decide sobre questões constitucionais.³⁴⁸

³⁴³ Como por exemplo: Rules of the Ontario Court of Justice in Criminal Proceedings.

³⁴⁴ DEL BUONO, Vincent M..*Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials*. Toronto. Butter Worth. 1981. P 05

³⁴⁵ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁴⁶ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p140

³⁴⁷ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 140.

³⁴⁸ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 140.

Segundo os autores mencionados, ao mesmo tempo em que há uma codificação em matéria criminal, os juizes podem interpretar, modificar, estender, restringir ou suspender o estatuto legal. Com efeito, no sistema jurídico do Canadá, assim como no sistema estadunidense, há uma forte presença da jurisprudência na construção de seu direito.

Com efeito, no direito anglo-americano canadense as cortes de menores instâncias devem obrigatoriamente seguir os chamados *stare decisis*, que significa que se uma questão foi decidida de um modo pelas Cortes Superiores ela continuará a ser decidida desse modo em futuros casos semelhantes ³⁴⁹. Para GRIFFITHS e CUNNINGHAM este princípio traz a idéia de que casos iguais devem ser tratados de forma igual. ³⁵⁰

O sistema jurídico do Canadá, assim como o estadunidense, é também qualificado por seus autores como pertencente ao modelo de sistema adversário (*adversarial system*). Com efeito, existem regras de procedimento para evidência que determinam a persecução criminal.

Algumas dessas regras chamadas *Common Law rules* estão consagradas na Carta de Direitos e liberdades do Canadá.

Segundo GRIFFITHS e CUNNINGHAM, os princípios mais importantes são:

1- Presunção de inocência. *Presumption of innocence*,: O acusado é considerado inocente ante a acusação até que seja condenado ou absolvido.

2- A Coroa (*Crown attorney*) carrega o ônus da prova: A tarefa da Coroa é provar a culpa do acusado, não sendo responsabilidade do acusado provar a sua inocência.

2- *Doli incapax* (do Latim muito jovem para o mal) determina que as crianças menores de 12 anos não podem ser responsabilizadas ou perseguidas criminalmente.

3- Insanidade - ninguém será responsabilizado criminalmente e sujeito à penalidade se for incapaz de entender o ato praticado em razão de desordem mental.

³⁴⁹ THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig. *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press 2008., p 06

³⁵⁰ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 142.

4- Tentativa é crime: aqueles que tentam cometer um crime (indo além de meramente planejar o crime) são geralmente sujeitos à metade da pena aplicada para o crime completamente realizado³⁵¹.

A Carta de Direitos do Canadá, em sua sessão 11, assegura de forma explícita uma série de direitos conferidos às pessoas acusadas em casos criminais. Observa-se que a Carta determina no *caput* do dispositivo que “*Any person charged with an offence has the right:*”.

A referida redação refere-se explicitamente aos direitos das pessoas acusadas por algum crime. Essa perspectiva lida com a idéia próxima ao conteúdo do conceito estadunidense de *due process of law*, que concretiza a existência, nos casos criminais, de um núcleo de direitos em oposição ao poder Estado no intuito de coibir abusos por conta dos seus agentes, ao mesmo tempo em que firma o Estado como parte na relação processual.

O direito anglo-americano afasta-se da idéia de que a atividade persecutória visa defender a sociedade, mas sim, que esta atividade aproxima-se do exercício do poder do Estado sobre o cidadão, que deve ser limitado.

Cabe mencionar que, de forma antagônica, os autores brasileiros constroem a idéia de que o Estado é o protetor do cidadão, figurando o Ministério Público como instituição defensora dos fracos e dos direitos coletivos.³⁵²

No sentido de que a norma constitucional pertence ao cidadão, com o objetivo de assegurar os direitos das pessoas acusadas, preceitua a Carta canadense:

1) Toda a pessoa tem o direito de ser protegido contra busca ou apreensões irrazoáveis.

2) Toda a pessoa tem o direito de não ser arbitrariamente detida ou presa.

3) Toda a pessoa tem o direito de ser informada das razões que justificam sua prisão;

Além disso, continua a Carta Magna: Toda a pessoa tem o direito de:

³⁵¹ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 144.

³⁵² ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 228.

- (a) de ser instruída por advogado, sem demora e de ser informada desse direito;
- (b) Ter a validade da detenção determinada por meio de *habeas corpus* e ser liberada se a detenção for ilegal.

De acordo com o direito do Canadá em matéria penal qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de:

- (a) ser informada sem demora da incriminação específica que lhe está sendo imputada;

- (b) a ser julgado num prazo razoável;

- (c) não deve ser obrigado a ser testemunha no processo contra a pessoa em relação ao delito;

- (d) a ser presumido inocente até prova em contrário de acordo com a lei em uma audiência justa e pública, realizada por um tribunal independente e imparcial;

- (e) não deve ser negada fiança razoável, sem justa causa;

- (f) exceto no caso de uma infração ao direito militar, ter direito ao benefício do julgamento pelo tribunal do júri nos casos em que a pena máxima para o delito é prisão de cinco anos ou uma pena mais grave;

- (g) não devem ser consideradas culpadas por conta de qualquer ação ou omissão, a menos que, no momento da ação ou omissão, o mesmo constitui uma infração nos termos do direito internacional ou do Canadá de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações;

- (h) se finalmente absolvida do delito, não ser julgada por ele novamente, e, finalmente se considerada culpada e punida pelo delito, a não ser julgado ou punido por ele novamente, e

- (i) se forem consideradas culpadas do crime e se a punição para o crime tenha sido alterada durante o momento em que a comissão na época estabeleceu a sanção, será considerado do tempo de condenação e deverá ter o benefício da menor sanção.

No que tange à aplicação da sanção, determina a Constituição do Canadá: toda a pessoa tem o direito de não ser submetida a qualquer tratamento cruel, vulgar ou de castigo.

No direito do Canadá podemos encontrar alguns tipos de delitos classificados segundo o grau de ofensividade. Com efeito, sendo um delito considerado grave (chamado de *Indictable Offence* no Canadá, o equivalente ao *Felony* nos EUA), de acordo com a seção 553 do Código Criminal do Canadá, este será de competência absoluta das Cortes Provinciais Superiores. Essas são competentes para julgar os delitos considerados graves e o procedimento geralmente aplicado é através do chamado *indictment*.³⁵³

Segundo os autores GRIFFITHS e CUNNINGHAM aos acusados serão oferecidos no procedimento criminal o direito de escolher ter um julgamento perante um juiz sozinho (chamado de *bench trial*) ou de serem julgados por um juiz e um corpo de jurados (*trial by jury*).³⁵⁴

O direito anglo saxão, da mesma forma que o direito brasileiro, apresenta uma representação de questões de fato e de questões de direito.³⁵⁵ Segundo a doutrina canadense, em um julgamento realizado por um juiz e um júri, o juiz atua com a finalidade de analisar somente as questões de direito, deixando as questões de fato para os jurados.³⁵⁶

Segundos os autores, a maioria dos crimes praticados no Canadá são considerados de menor ofensividade, assim chamados de *Summary Offence*, que equivale ao *misdemeanours* no direito dos EUA, que geralmente cominam sanções de no máximo seis meses de prisão e multa de Can \$ 2.000 (dois mil dólares canadenses).³⁵⁷ Quando se tratar de um delito de menor gravidade aplica-se, no sistema canadense um procedimento mais simples chamado *Summary Trial*, neste não há a presença de um júri, mas somente de um juiz e as sentenças são mais brandas.³⁵⁸

Cabe mencionar que no sistema criminal brasileiro há os Juizados Especiais Criminais que estabelecem sua competência para os crimes considerados de menor

³⁵³ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 159

³⁵⁴ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 159

³⁵⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 1

³⁵⁶ GOSAL, S. *Canada's Criminal Law and The Jury System*. [Capturado em 19.02.09 no site <http://www.canadalegal.info/ref-canada-criminal-law/canada-criminal-law-courts.html>

³⁵⁷ GOSAL, S. *Canada's Criminal Law and The Jury System*. [Capturado em 19.02.09 no site <http://www.canadalegal.info/ref-canada-criminal-law/canada-criminal-law-courts.html>

³⁵⁸ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 159

ofensividade, sendo aqueles assim considerados em que a penalidade máxima para os delitos não pode ser superior a 2 (dois) anos, de acordo com a lei 9.099/95. Nestes a possibilidade de aplicação da transação penal, onde determinar o seu artigo 76 que: “*Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*” Este instituto, que rompe com o tradicional princípio da indisponibilidade do processo, foi inspirado no instituto do *plea bargaining* do direito anglo-americano, onde o acusado pode negociar a sua culpabilidade em vez de exercer o seu direito ao devido processo legal. Todavia, no sistema brasileiro não há a concepção do processo penal como um direito subjetivo disponível às pessoas acusadas de cometerem crimes, mas sim de um direito do Estado de defesa social, expresso na atividade do Ministério Público como defensor do interesse público.

No sistema jurídico do Canadá, segundo os autores, o Estado é parte no processo e possui interesse na condenação, sendo representando pela figura do acusador, que representa no procedimento criminal do Canadá a Coroa (*Crown attorney*).³⁵⁹ Assim, os processos são apregoados com as partes: a Rainha v. alguém (exemplo: *Regina v. Hauser et Al.*) ambos, os acusados e Coroa, tem a possibilidade de recorrer das sentenças ou acórdãos judiciais.³⁶⁰ Faz-se uma pequena observação, que no direito dos EUA a acusação não pode apelar se o veredicto foi no sentido da absolvição do acusado³⁶¹.

Os recursos judiciais de apelação, no sistema jurídico do Canadá permitem, em regra geral, a apreciação da Corte Superior à análise de matéria de direito e não a análise de fatos; assim, por exemplo, sendo a defesa quem interpõe o recurso o que vai ser analisado será se as regras de procedimento foram devidamente respeitadas, em caso afirmativo a sentença de primeira instância será considerada correta e será mantida, caso o recurso interposto por qualquer das partes tenha provimento, será determinado um novo julgamento.

³⁵⁹ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p147

³⁶⁰ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 167

³⁶¹ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Broooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 321-322

No direito brasileiro, a regra geral determina que a instância de recurso faça reavaliação das questões de fato e de direito, assim determina a regra descrita no Código de Processo Civil que também atende ao Processo Penal:

*Art. 514. A **apelação**, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:*

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - os fundamentos de fato e de direito;

III - o pedido de nova decisão.

*Art. 515. A **apelação** devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

*§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a **apelação** devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.*

Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal às questões anteriores à sentença, ainda não decididas. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

*Art. 517. **As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na **apelação**, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior** (grifo nosso)*

As decisões de segunda instância no direito anglo-americano, em regra geral, não apreciam matéria de fato, mas principalmente matéria de direito. Tal fato se dá em razão da premissa de que o juiz decide matéria de direito e o júri decide matéria de fato, portanto, há restrição aos magistrados de segundo grau proferirem decisão em matéria de fato.

No Brasil as decisões proferidas em primeira instância são apreciadas novamente em sua totalidade na segunda instância. Diferentemente do direito anglo-saxão, o Tribunal de recurso não pode rever matéria de prova. Tal aspecto é relevante para compreensão da incidência das lógicas de cada sistema.

No sistema anglo-saxônico do Canadá, bem como dos EUA, pelo fato de sua estrutura determinar que a verdade deva ser produzida pelas partes através do *cross examination*, ou na fase pré-processual do *plea bargaining* exercendo o juiz o papel de árbitro, compreende-se a razão pela qual o tribunal de apelação, neste modelo, não analisa as questões de fato, mas somente de direito. No sistema brasileiro o magistrado é quem determina, através da sua atividade instrutória, a verdade processual fática, e não as partes como no sistema anglo-saxônico, por tal razão é que os magistrados do Tribunal de apelação podem, no direito brasileiro, reexaminar as matérias de direito, bem como as questões de fato e ele mesmo produzir nova decisão, ou seja, há a possibilidade de produzir nova verdade sobre fatos.

Segundo os autores MILLER, CANFIELD, PADDOCK e STONE o sistema criminal no Canadá se inicia com a ação policial, que pode tomar ciência de uma atividade criminosa através de suas próprias observações, através de informações fornecidas por testemunhas ou através de investigações.³⁶²

Segundo os mesmos autores, uma vez o policial acreditando que um crime foi cometido e sabendo-se quem o cometeu, este faz uma informação (queixa escrita) sob juramento perante a um juiz de paz. Se a justiça determinar que existam razoáveis e prováveis fundamentos para uma acusação contra alguém, a justiça vai emitir um mandado de citação ou de prisão para o acusado, bem como solicitar ao acusado que compareça para prestar informações perante a justiça de paz.³⁶³

A policia é a responsável pelas informações fornecidas para acusação (*Crown attorney*) que podem ser aceitas ou rejeitadas.³⁶⁴ Com efeito, não existe no direito anglo-americano do Canadá o princípio da obrigatoriedade da ação Pena Pública, existente no direito brasileiro, segundo qual o Ministério Público, diante de indícios de autoria e materialidade tem o dever de formalizar a acusação com o oferecimento da denúncia. No direito criminal do Canadá, nem todos os casos devem ser trazidos perante a justiça de paz, pois, de acordo com os autores, a policia e a promotoria tem

³⁶² MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 10. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁶³ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 11. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁶⁴ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 150.

considerável faculdade de decidir se irão ou não fazer uma acusação. Hipótese inadmissível na legislação brasileira.

O direito do Canadá possui regras claras para a efetuação da prisão. Segundo os mesmos autores, o funcionário da justiça de paz pode prender qualquer pessoa sem um mandado de prisão, desde que esta tenha cometido um determinado delito ou que razoáveis fundamentos, os oficiais possam acreditar que ela acabou de cometer um crime ou está pronto a cometer-lo. Outras hipóteses ocorrem quando o oficial tiver encontrado a pessoa cometendo do crime, ou quando tiver razoáveis fundamentos para acreditar que um mandado ou uma ordem de prisão está em vigor.³⁶⁵

Para os publicistas MILLER, CANFIELD, PADDOCK e STONE, a citação no sistema de justiça criminal do Canadá é uma alternativa à detenção. É uma notificação escrita informando ao indivíduo que ele está sendo acusado de um delito, tal documento visa orientar a pessoa para comparecer em um tribunal a fim responder à acusação. Segundo os autores é utilizada principalmente nos casos considerados *low risk* (baixos riscos),³⁶⁶ nesta hipótese a pessoa não é obrigada a comparecer até uma determinada data. Se o delito acusado é um tipo que pode ser procedido por um procedimento mais rigoroso, com um indiciamento (*Indictment*), o acusado pode também ser solicitado a, de forma voluntária, comparecer perante o departamento de polícia, para a retirada de suas impressões digitais. A ausência do suspeito no comparecimento neste procedimento pode levar à expedição de um mandado de prisão. A citação deve ser assinada e emitida pelo oficial da justiça de paz, e entregue pessoalmente pelo oficial de paz.³⁶⁷ Ressalta-se que este procedimento é pré-processual.

Após a detenção e durante o processo de fichamento, a polícia cria um arquivo administrativo de prisão, listando os delitos, o nome, endereço, descrição física, data de nascimento, emprego, tempo de prisão e o nome do oficial que realizou a prisão. A

³⁶⁵ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 11. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁶⁶ É o equivalente ao *periculum in libertatis*, ou seja, não há fundamentos para decretação de prisão.

³⁶⁷ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

realização de fotografia e retirada das impressões digitais também são partes deste procedimento de fichamento.³⁶⁸

Segundo os referidos autores, o oficial de paz que efetua a prisão de uma pessoa, com ou sem mandado, mantendo sob sua custódia, tendo o dever de apresentá-la à justiça no período de 24 horas.³⁶⁹

De acordo com os mesmos publicistas, após a prisão todo indivíduo deve ser informado do direito a um advogado perante a justiça de paz, bem como o da presença de um advogado desde o início da prisão. Estes direitos asseguram desde o início do procedimento o direito de defesa.

Neste momento, a questão da fiança deverá ser levantada. Na primeira apresentação a justiça, o juiz pode requerer que a pessoa seja mantida sob custódia até uma audiência denominada *show cause*, que serve para determinar se o acusado deve ser liberado. A justiça pode liberar a pessoa, para tanto pode impor condições. Em certas circunstâncias, pode requerer que ela faça um depósito em dinheiro (*bail* - fiança) para assegurar o comparecimento no tribunal.³⁷⁰

Segundo os autores, as acusações feitas em sede judicial, perante a corte permitem ao acusado apresentar suas alegações (*plea*). As duas alegações mais comuns são: culpado ou não culpado (*guilty or not guilty*). Se a alegação for de culpado então o procedimento seguinte será a sentença, enquanto que se a alegação for o de não culpado, vinculará o julgamento pelo tribunal do júri ou por um juiz.³⁷¹

Segundo os autores GRIFFITHS e CUNNINGHAM, assim como no direito dos EUA, há no sistema jurídico do Canadá o *plea bargaining*. No entanto, apesar do Canadá adotar um Código Penal e uma legislação extravagante em matéria criminal, de acordo com os autores, o *plea bargaining* não está escrito em nenhuma lei, sendo apenas uma prática jurídica. Segundo os autores do Canadá o *plea bargaining* é um

³⁶⁸ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁶⁹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁷⁰ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁷¹ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 153

acordo com o acusado, no qual este desiste do direito de fazer com que a Coroa prove o caso em um tribunal, em troca da promessa da possibilidade de uma sentença menor.³⁷²

No direito do Canadá, encontramos duas vertentes da idéia do *due process of law*. A primeira refere-se ao processo como uma garantia das pessoas acusadas, já a segunda, conforme o disposto acima, pelos autores citados, como um procedimento a que o Estado terá que se submeter para conseguir uma condenação.³⁷³

Se o acusado tem a intenção de imediatamente no procedimento escolher negociar sua culpabilidade (*guilty plea*) em uma acusação sumária (*summary charge* - delitos considerados menores) a corte pode aceitar a negociação se estiver dentro de sua jurisdição ou enviar o acusado para um tribunal para esse fim.³⁷⁴

Para os publicistas, especialmente nas provinciais onde a polícia tem a responsabilidade de preparar a acusação, a Coroa pode rever os casos desde o início e decidir se há possibilidade de sucesso, bem como se as evidências são suficientes para assegurar uma condenação. De acordo com os autores, por essa razão é que muitos casos não chegam ao tribunal.³⁷⁵

Nos casos que envolvem julgamento pelo júri, o juiz solicita uma audiência preliminar onde estão presentes a acusação, a defesa e o juiz. Nesta ocasião, segundo os autores, eles têm a possibilidade de discutir várias questões para realizar um julgamento justo. Nos casos em que não há júri, esta audiência preliminar é uma opção do acusado. Neste é momento há a possibilidade de realização do *plea bargaining*, desde que presente o juiz assegure uma solução justa para ambas as partes.³⁷⁶

No direito do Canadá, o julgamento perante a Corte começa com a acusação chamando a testemunha e apresentando as evidências, para sustentar a tese de que o acusado é culpado. De acordo com os autores, no mínimo a acusação deve produzir a prova que cubra todos os elementos do crime, por exemplo: no caso de um assassinado,

³⁷² GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

³⁷³ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

³⁷⁴ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p5. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁷⁵ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

³⁷⁶ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

a acusação tem que demonstrar que alguém morreu (materialidade do delito) e que a morte foi um homicídio, não sendo por acidente ou por causas naturais. Deve demonstrar a existência de ligação entre o acusado e a morte, através de evidências como: testemunhas visuais, impressões digitais, DNA; ou evidência circunstancial como um forte motivo da parte do acusado (intenção). Depoimento de peritos podem ser trazidos para interpretar a evidência ou as coisas apresentadas pela polícia. A tarefa da acusação é a de provar a culpa do acusado para além de uma dúvida razoável, (*beyond reasonable doubt*). Se falhar no alcance desse padrão de certeza, não pode existir uma condenação.³⁷⁷

No sistema jurídico anglo-americano do Canadá, o advogado de defesa pode realizar o exame da testemunha trazida pela acusação (*cross examination*) ou fazer uma objeção quando à admissibilidade da evidência apresentada pela parte adversária. No momento em que a acusação encerra seus argumentos sobre o caso a defesa pode entrar com um requerimento (*insufficient-evidence motion* ou *no-evidence motion*), alegando que o Estado não tem um caso formado e, por esta razão, o julgamento não pode continuar. Se o juiz concordar o caso é encerrado, se não concordar então a defesa apresenta sua tese.³⁷⁸

Como parte da tese da defesa o acusado pode dar seu depoimento na qualidade de testemunha, mas não está obrigado a fazê-lo. De acordo com os autores existem vantagens e desvantagens para o acusado que testemunha no julgamento. Testemunhando o acusado tem a possibilidade de apresentar sua versão da história e estabelecer credibilidade. Por outro lado o acusado que testemunha abre a possibilidade para que a promotoria também faça seu exame (*cross-examination*), que buscará frisar os pontos fracos e inconsistentes do seu depoimento.³⁷⁹

No direito do Canadá o acusado, nos delitos de menor gravidade, não está obrigado a comparecer no tribunal salvo para esclarecer questões controvertidas, podendo também comparecer através de seu representante, permitindo que o advogado

³⁷⁷ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

³⁷⁸ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

³⁷⁹ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 157.

compareça em seu nome, a não ser que seja requisitado a comparecer na corte pessoalmente.

O *summary offense*, é um procedimento aplicado aos delitos de menor gravidade. Neste procedimento após a denúncia, o réu será questionado sobre os seus argumentos (*plea*). O acusado pode ser denunciado com um delito de natureza híbrida (um delito que pode se julgado como *summary conviction* ou pelo *indictment*) essas hipóteses são descritas na lei e neste caso o promotor pode escolher qual desses caminhos para o procedimento ele fará a acusação. Se a questão versar sobre um *indictable offense* (crime mais grave), poderá o promotor escolher que o acusado seja julgado pelo procedimento da *indicable offense*.³⁸⁰

Para a negociação (*Plea Bargaining*) no direito canadense o acusado pode declarar-se culpado, não culpado, ou entrar com uma contestação especial chamada *autrefois acquit* (alegando que já foi indiciado, julgado e absolvido pelo mesmo crime ou *autrefois convict* (se já foi condenado pelo mesmo delito) ou perdoado. Se o acusado recusa a negociação, a corte automaticamente entra com o argumento de não culpado sobre o acusado. Tal característica também presente no direito dos EUA que firma a instauração do processo como um direito das pessoas acusadas, bem como a presunção e não da culpabilidade.³⁸¹

No sistema jurídico do Canadá é permitido ao acusado, nos casos graves, escolher ser julgado por apenas um juiz ou um tribunal do júri. Se o acusado escolhe ser julgado por um juiz sem júri ele pode requerer a inquirição preliminar. (*Preliminary inquiry*) O propósito da inquirição preliminar é para determinar se o acusado deve ser submetido a julgamento. Ambos, a promotoria e a defesa, podem apresentar evidências; no entanto, assim como no direito dos Estados Unidos, a defesa raramente o faz. Após o exame o juiz decide se existem evidências suficientes para levar o acusado a um julgamento, ou pode, caso contrário, não admitir a denúncia (*information*). Segundo os autores esta decisão não é uma determinação de culpado ou inocente, mas uma

³⁸⁰ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁸¹ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

determinação para saber se existe alguma evidência onde um júri devidamente instruído poderia condenar.³⁸²

O *grand jury* existente em alguns estados dos EUA foi eliminado do sistema do Canadá, o papel desempenhado por este instituto é para verificar a admissibilidade da acusação, entretanto no sistema canadense essa atividade é realizada por apenas um juiz.

³⁸³

Segundo os autores canadenses, assim como nos Estados Unidos, existe no direito do Canadá uma presunção de que o acusado é inocente até que se prove a culpa para além de uma dúvida razoável, ou seja, da mesma forma que no direito anglo-saxão estadunidense, o padrão de prova admitido no Canadá para uma condenação criminal é o *beyond reasonable doubt*. Tal princípio, como já afirmado, é vinculado à presunção de inocência.³⁸⁴

De acordo com os autores, no sistema anglo-americano, tanto o direito canadense, como o direito estadunidense, o acusado tem o direito subjetivo e renunciável ao julgamento pelo tribunal do júri para todas as acusações, exceto nos crimes de menos gravidade. Uma vez que o julgamento se procede pelo júri, este deverá ter um veredicto unânime, tanto para condenação como para absolvição.

O procedimento feito por *indictment* no direito criminal do Canadá, inicia-se com a seleção do júri. Doze jurados são selecionados. Ambos os lados são dados a possibilidade de escolha dos jurados. Alguns suplentes são selecionados também, logo em seguida são abertos os debates, pelo promotor e a defesa, sendo que a defesa pode se reservar no direito de falar depois que a promotoria apresenta todo o caso.³⁸⁵

O exame das testemunhas (*cross-examination*) é feito diretamente pelos advogados e pela acusação. Logo em seguida, apresentam-se as evidências em

³⁸² MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁸³ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁸⁴ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁸⁵ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 12-13. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

audiência. A acusação apresenta as evidências em primeiro lugar e a defesa pode fazer o exame. Em razão de o procedimento anglo-americano canadense lidar com um alto padrão de prova para os casos penais, obrigando a acusação a provar para além de uma dúvida razoável, a defesa não está obrigada a apresentar evidências, mas, como já mencionado, se caso apresentar, a promotoria terá o direito a examiná-la.³⁸⁶

Terminadas as apresentações da acusação e da defesa, a cada lado será dada uma única oportunidade de se dirigir ao júri. Se a defesa apresentar evidências, ela se dirigirá primeiro ao júri seguido da acusação. Se a defesa não apresentar evidências, a acusação deve se dirigir primeiro ao júri logo depois a defesa. Em seguida, o juiz dará as informações aos jurados sobre o que deve ser observado e considerado para sua decisão. Após deliberação o veredicto deve ser dado pelo júri de forma unânime.³⁸⁷

5.2.1. O ritual do júri no Canadá: uma descrição.

Como já afirmado na introdução deste trabalho, elaborei uma pesquisa no Canadá buscando compreender as lógicas de seu sistema de justiça criminal, para tanto realizei uma pesquisa bibliográfica, no intuito de compreender os discursos consensuais daquele campo. Apesar da pesquisa de campo em tribunais não ser o objeto principal desse estudo, pude assistir no Canadá algumas audiências criminais, que para ilustrar, descrevo abaixo:

Caso: R. v. Abed, Dadshani, Dadhani, Echrif, Humbert, Playman. (Superior Court- Ottawa)

A audiência assistida ocorreu em 02/04/09 na corte do Ontário. O caso trata de um homicídio em primeiro grau que envolve seis acusados, sendo que um deles se recusou a ter um advogado e realizou sua defesa sozinho. No Canadá, a imputação pelo crime de homicídio confere ao acusado a escolha de ser julgado por apenas um juiz ou por um júri popular, pois se trata de um crime considerado grave.

³⁸⁶ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 13. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

³⁸⁷ MILLER, CANFIELD, PADDOCK E STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 13. capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

No dia anterior estive na corte por volta das 16:00. Na entrada havia um balcão com pessoas uniformizadas com fardas prestando informações. Perguntei a respeito da possibilidade de assistir um julgamento criminal, quando ao olhar para o relógio, o atendente me disse que já era muito tarde, pois os julgamentos começam às 10h da manhã.

Dois dias depois, no dia do julgamento, ao perguntar na entrada, no balcão de atendimento, onde estavam as salas de audiências criminais, fui encaminhado a um outro departamento, onde figurava escrito em inglês e francês a frase Corte Criminal. Ali uma pessoa me atendeu através de um vidro e me disse que no térreo se localizavam as salas onde são julgados os crimes considerados de menor ofensividade (onde, segundo a norma, geralmente contêm sanções de no máximo seis meses de prisão ou multa de Can. \$ 2.000 [dois mil dólares canadenses]). No terceiro andar fica a Corte Superior onde são julgados os crimes considerados graves.

Eu estava um pouco inseguro quanto a entrar na sala de audiência, pois havia muitos policiais na porta e um detector de metais. O policial me pediu documentos, fez anotações, perguntou minha data de nascimento e mandou que passasse pela porta magnética. Tive que deixar minha carteira e moedas em uma vasilha plástica, ao passar devolveu meus pertences. Ao lado havia um cartaz que alertava para a proibição da entrada de determinados objetos, como por ex: gravadores, lap-tops, câmeras de vídeo, câmeras fotográficas. O que sinalizou para os limites da publicidade dos julgamentos.

Ao entrar na sala de audiência, percebi que ao fundo havia dois policiais em pé, que se revezavam de 5 em 5 minutos. À frente mais ao alto e embaixo de um brasão do Estado estava o juiz com uma beca que se diferenciava dos demais funcionários da justiça e dos advogados, por uma faixa vermelha que ficava na diagonal a partir do seu ombro. Ao lado esquerdo do juiz senta a testemunha onde presta o seu depoimento. Mais a frente, em uma mesa com altura inferior ao do juiz estão a sua direita o auxiliar da corte, que tem a função de separar documentos e entregá-los ao juiz, bem como chamar os jurados e de iniciar a sessão falando “all rise” para que todos fiquem em pé com a entrada do juiz e do júri. A esquerda do juiz fica a pessoa responsável pela taquigrafia do que for falado no tribunal.

A frente, em uma mesa maior, mas em nível de altura inferior, dividem o espaço do lado esquerdo do juiz a acusação (Coroa), e do lado direito a defesa. Neste caso, havia mais duas mesas atrás no, mesmo nível, com mais advogados e localizada a esquerda uma funcionária do tribunal que administrava as exibições na tela de TV. Um pouco mais a esquerda, havia um pequeno púlpito onde os advogados e a acusação faziam os debates.

Essas mesas tinham sua disposição voltada para o juiz. Do lado esquerdo do juiz de forma transversal fica o corpo de jurados composto por 12 pessoas. Nele se destacaram para mim alguns membros, como por exemplo: um negro, dois jovens, uma mulher idosa e outra mais jovem, um senhor que aparentava descendência aborígene, e outro que usava um turbante, um rapaz com óculos e o cabelo bem pintado de loiro e outras três pessoas em torno dos seus trinta poucos anos. Do outro lado, de frente para o júri encontravam-se seis pessoas que ficavam sentados atrás de um vidro de aparência espessa, se comunicando com os advogados somente durante os intervalos. Estes eram os acusados do homicídio. O julgamento começava pontualmente às 10 h e terminava até aproximadamente às 16h00 h, com um intervalo pela manhã, outro às 12:00 para o almoço e outro à tarde. Nesse julgamento havia vários advogados, mas percebi que não eram do mesmo escritório.

*Neste julgamento assisti o chamado **examination in chief** que é o exame feito pela parte que traz a sua testemunha. Do lado esquerdo do juiz, em um nível mais baixo sentou-se um oficial de polícia que respondia as perguntas da acusação, explicando minuciosamente o laudo por ele realizado, por meio de uma apresentação áudio-visual.*

Neste depoimento, a acusação perguntou como o oficial conseguiu determinar a posição do agressor no momento do golpe fatal contra a vítima. O oficial então, de forma serena e segura, explicou que pela marca de sangue deixada no chão, a partir do seu diâmetro e volume, ele poderia determinar a altura de onde partiu o golpe e de acordo com o formato da marca de sangue, ele poderia determinar de que direção o golpe partiu. Enquanto explicava isso, várias fotos da cena do crime eram passadas detalhadamente, as vezes com destaques marcados em círculos. O oficial de polícia tomava o cuidado de sempre dirigir-se ao júri durante suas explicações. Esse dia foi todo preenchido por esse único depoimento, onde a acusação fazia inúmeras

perguntas exaustivamente sobre os mesmos pontos. Parecia justamente querer tomar todo o tempo.

Três dias depois retornei, dirigi-me até o mesmo balcão, onde estava escrito Corte crimina, tive que esperar em uma pequena fila onde pude perceber que outras pessoas chegavam com papéis na mão e apresentavam a atendente, como se fosse um tipo de intimação, nesta mesma fila havia também advogados. Ao ser atendido, fui informado, de forma pouco simpática, que estava havendo um julgamento pelo tribunal do júri na sala número 37, na mesma sala de audiência que estava dias atrás. Ao chegar à porta, passei por todo ritual de revista na entrada novamente, só que agora mais relaxado com os policiais que não eram os mesmos do dia anterior. Neste dia achei a revista mais rigorosa, pois inclusive abriram a minha carteira para ver o conteúdo.

*Esperava encontrar outro julgamento, com outro réu e diferentes atores do júri. Qual não foi a minha surpresa, quando me deparei com o mesmo cenário que havia visto, os mesmos advogados, o mesmo juiz e júri, os mesmos acusados. Surpreso fiquei ao constatar que em depoimento estava a mesma testemunha: o oficial de polícia sentado no banco dando o depoimento. Agora a diferença é que eram os advogados de defesa que estavam realizando o exame da testemunha, tratava-se de **cross examination**. O advogado de defesa era um homem que aparentava 45 anos, alto, com uma voz firme e alta, apesar de todas as mesas possuírem microfones e a sala ter uma excelente acústica, ouvia-se sem a necessidade de auto falante.*

Naquele momento, o advogado questionava a testemunha sobre o laudo realizado a respeito as marcas de sangue, indagando se caso houvesse um ar condicionado ligado ou uma ventilação a direção do sangue poderia ter sido afetada. O policial, de forma tensa e insegura, respondeu que sim. O advogado então fazia gesto, abrindo os braços e questionava a certeza do oficial para determinar a direção do sangue. Logo em seguida, abriu a pasta que continha fotos. Eram as mesmas apareciam na tela e todo tribunal enxergava. O advogado então indicou no laudo da perícia, que em alguns momentos o oficial, que prestava depoimento fez anotações na lateral de algumas fotos, afirmando não ter identificado às marcas. O advogado mostrou para a testemunha o referido documento e a questionou sobre isso.

Novamente, de forma tensa e insegura, o oficial de polícia respondeu que sim, ou seja, que não tinha conseguido identificar aquelas marcas. Para mim ficou muito claro que o advogado buscava o todo tempo, desqualificar o laudo do oficial de perícia.

Durante o intervalo, segui o advogado de defesa até um café onde ele conversava com outras duas advogadas, que depois soube seus nomes: André J. Rad, Lucie Joncas e sua estagiária Isabelle. Pedi desculpas e interrompi a conversa. Apresentei-me como um pesquisador visitante, que estava lá para compreender como o sistema de justiça criminal canadense funcionava. Primeiramente, perguntaram-me de onde eu era. Respondi que era do Brasil e o advogado sorriu e disse – Ah! Como o Felipe Massa e o Ayrton Sena!! Perguntou-me o que eu fazia e respondi que era professor. Logo em seguida, perguntou-me se eu era advogado também e afirmei que sim, pensando ser uma boa idéia identificar-me como advogado para advogados. Evitaria fornecer tal informação caso fosse conversar com algum membro da acusação. Neste caso diria somente que era professor. Esses advogados foram muito simpáticos.

Fui apresentado, então, a outra advogada e sua estagiaria. Soube que eram da cidade de Montreal. Neste momento, perguntei ao advogado do que se tratava esse julgamento. Ele me disse que era um homicídio com seis acusado. Perguntei quanto tempo durava esse processo e ele disse este processo era longo, pois teve inicio em fevereiro e que provavelmente iria terminar somente em meados de maio. Perguntei então, qual a periodicidade dessas audiências e ele me respondeu que eram realizadas todos os dias.

Em seguida, perguntei qual era o papel da defesa no processo criminal , ele me disse que ele estava tentando atingir as afirmações da acusação para desqualificá-las ao padrão inferior de dúvida razoável (reasonable doubt)³⁸⁸ e que nem sempre era fácil. Neste momento, percebi que a outra advogada desejava conversar sobre o caso com o advogado, então agradei e ele me pediu para que o lembrasse de deixar um cartão comigo, para entrar em contato caso eu tivesse alguma dúvida..

O julgamento recomeçou com a mesma testemunha e o mesmo advogado, Sentei mais à frente e peguei o meu caderno de campo para reiniciar as anotações,

³⁸⁸ O padrão de certeza que a acusação busca é o além de uma dúvida razoável, e o papel da defesa é buscar desqualificar essa padrão para um inferior como apenas uma dúvida razoável.

quando, de forma repentina, sentou-se ao meu lado um rapaz, que trajava roupas próximas ao estilo Hip- Hop, comum de se ver nas ruas de Ottawa, com calças largas, baixas e frouxas, camisas largas, com jaqueta aberta e boné. Este sujeito ficou me olhando por alguns segundos o que me gerou certo desconforto. Decidi, então perguntar-lhe se ele era parente de alguém naquela sala, ele me disse que era amigo de um acusado. Logo em seguida me perguntou de forma direta e séria o que eu tanto anotava no meu caderno, então expliquei que eu era um pesquisador visitante e estava lá para entender como eram os julgamentos, então ele me respondeu – Ah! Estudante né? Eu disse sim, sou estudante. Nesse momento ele se virou para frente e não falou mais nada. O exame da testemunha seguiu de forma exaustiva. O homem membro do júri de descendência aborígine parecia cochilar. Não houve nenhuma interrupção por parte da acusação durante o exame do advogado.

O advogado finalizou seu exame. Logo em seguida, o juiz perguntou se algum advogado tinha alguma pergunta a fazer. A maioria afirmou que não, então curiosamente o juiz voltou-se aos acusados e pergunta se há alguma questão a ser feita, que também foi dito que não. O juiz perguntou à acusação se estava satisfeita. Esta disse que desejaria fazer mais algumas perguntas, o que foi logo permitido.

Quando a acusação iniciou suas perguntas, um advogado levantou-se e pediu ao juiz que o júri se retire para que ele fizesse uma moção. O juiz determinou que o júri se retirasse, assim o oficial de cartório solicitou que todos ficassem pé, na expressão “all rise”, enquanto o júri se retirou. O advogado então reclamou que a acusação estava refazendo as mesmas questões que já havia feito durante seu exame e que isso era desnecessário. O juiz perguntou a acusação o que ela tinha de novo para perguntar à testemunha. A acusação titubeou ao responder e por uns 5 minutos ficou a explicar a necessidade de sua pergunta e afirmou que faria somente alguns questionamentos sobre a opinião do perito em relação ao laudo. Confesso que não compreendi muito bem, pois creio que tratava-se de algo realizado em audiência que eu não presenciei.

Assim, a solicitação da acusação teve a concordância do juiz, e foi novamente chamado o júri. Desta vez o oficial de polícia respondeu suas perguntas utilizando a expressão “em minha experiência” ou “de acordo com minha experiência”. Foram feitas três perguntas a mais e encerrou essa testemunha.

Logo em seguida, chamou-se o policial que estava presente no momento da prisão. Antes de sentar-se para depor, o auxiliar da justiça se aproximou e pediu-lhe suas qualificações. De forma idêntica as outras testemunhas disse seu nome e depois soletrando. Foram apresentados os livros sagrados: bíblia e alcorão, e não optou por nenhum deles, tendo repetido as palavras do auxiliar da corte, afirmado dizer a verdade somente a verdade nada mais que a verdade.

Este policial somente declarou que viu seu colega efetuar a prisão em um estacionamento, mas que não participou da prisão, não tendo tido, portanto, contato com os acusados. Neste momento apareceu na grande tela de TV, o vídeo onde mostrava o estacionamento de um shopping, provavelmente o vídeo de segurança do shopping onde os acusados foram presos. Foi perguntado onde o policial se encontrava no momento da prisão e respondeu que estava distante Não houve perguntas de defesa quanto a essa testemunha.

Chamado o policial que realizou a prisão, foi exigida sua qualificação, como todas as testemunhas, dizendo seu nome e depois soletrando. Foram apresentados os livros sagrados e optou pela bíblia. Fez o juramento afirmado dizer a verdade nada mais que a verdade sobre a lei de Deus.

Mostrou-se novamente o mesmo vídeo da câmera do estacionamento, onde fora realizada a prisão dos acusados. A acusação perguntou quanto tempo de serviço o tinha o policial e se era ele quem estava no vídeo e se ele efetuou a prisão dos acusados. O mesmo foi questionado se as pessoas que prendeu estavam entre os acusados presentes na audiência. Foi perguntado se percebeu odor de álcool ou se havia alguma coisa que levasse a crer que consumiram alguma droga, o que foi negado pelo policial.

*Solicitou ao policial que descrevesse como foi realizada a prisão. O mesmo descreveu desde o momento em que chegou ao local até o momento em que colocou os acusados no solo e os algemou. Após esse breve exame. O juiz perguntou à defesa se desejava fazer o **cross examination** da testemunha. Os advogados disseram que não. Logo em seguida, o juiz se virou para os acusados e perguntou se havia algum questionamento. Fiquei muito intrigado quando um dos acusados levantou-se e fez uma pergunta ao policial, sobre quem ele primeiro havia algemado, o que foi*

prontamente respondido. O acusado disse não ter mais perguntas.

O juiz liberou a testemunha e determinou nova audiência para o dia seguinte às 10 h novamente. O auxiliar de justiça solicitou que todos ficassem de pé falando “all rise” e os jurados se retiraram, logo em seguida o juiz.

Os advogados começaram a arrumar suas coisas e rapidamente me dirigi à estagiária da advogada, pois estava mais próxima e perguntei-a se os acusados poderiam fazer perguntas. Ela me disse que aquele acusado não tinha advogado, pois decidiu fazer a sua própria defesa. Disse para mim que aquele caso era muito especial.

Na referida experiência, pude verificar na prática a preocupação dos operadores sobre a questão dos padrões de prova no direito. A acusação busca além de uma dúvida razoável e a defesa tenta desqualificação do padrão pretendido pela acusação.

Também ficou claro neste caso que a perícia foi considerada testemunha da parte da acusação. Percebi que a oralidade permeia todo o processo e que as partes constroem a verdade processual através do *cros examination*.

CAPITULO VI

AS PROVAS NO PROCESSO EM PERSPECTIVA COMPARADA.

O doutrina jurídica brasileira evoca para si frequentemente o predicado de ciência³⁸⁹ buscando qualificar-se como um saber científico. No entanto, o direito brasileiro adota na produção da verdade jurídica um modelo de contraditório que se caminha na contra mão do modelo adotado na construção da uma ciência, que se dá através da consensualização e da universalização de determinados preceitos, ou seja, constitui-se um paradigma aceito pelos participantes. Tais verdades são previamente admitidas e têm-se, então, vários problemas considerados como resolvidos e superados pelas partes.³⁹⁰

O direito, enquanto um saber é catalogado como pertencente aos ramos das ciências sociais aplicadas. Todavia, GADAMER ressalta que as ciências sociais se situam fora do campo das ciências, pois são modos da experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência.³⁹¹

Com efeito, o direito apesar de não se enquadrar no campo científico, não perde sua importância vez que representa uma construção intelectual humana de interferência direta na vida dos indivíduos, em sua liberdade e vida, declarando, extinguindo ou criando direitos e assim construindo verdades.

O sistema de justiça criminal brasileiro admite três formas de produção da verdade³⁹², que não representam fases de uma construção de uma verdade, que alcançará o consenso, mas uma repetição de atos sobre a incidência de lógicas distintas.

A primeira é realizada na fase do inquérito policial na qual não incidem as garantias do *contraditório* e da *ampla defesa*. Já no processo judicial há a repetição das provas produzidas em inquérito. Entretanto, nesta etapa atuam as garantias do

³⁸⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 77.

³⁹⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 43.

³⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002. pg 32

³⁹² KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lumen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

contraditório e a ampla defesa e a decisão é proferida por um magistrado, derivada do seu livre convencimento. No julgamento Tribunal do Júri, depois se repetem novamente as fases do inquérito judicial, porém sob o julgamento realizado por indivíduos da sociedade e sua decisão deriva do princípio da íntima convicção. Já o direito anglo-saxão lida com fases pré-processuais que buscam a definição antecipada do que será considerado prova, para que no processo não haja dúvida quanto à existência dos elementos probantes.

6.1 Análise do conceito de Prova em uma perspectiva comparada.

O direito anglo saxão , como o direito brasileiro, apresenta uma representação de questões de fato e questões de direito. Isto se dá se dá em razão de que as questões de direito no tribunal do júri são resolvidas pelo juiz e as questões de fato são resolvidas pelos jurados. Está idéia foi encampada pela recente alteração na legislação brasileira positivada na lei 11.689/08 que determina no artigo 482 que: “*O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.*”

A expressão mais utilizada dentre pelos autores do direito anglo-americano em matéria de prova é a expressão *evidence*. Com efeito, segundo PACCIOCO, *evidence* é o dado utilizado para averiguação de um fato, ou seja, evidência de um fato é a informação que tende a prová-lo e o papel das regras de evidência é o de regular que dado poderá ser admitido.³⁹³

No direito anglo-americano dos EUA e do Canadá as regras de evidência, a - *Federal rules of evidence* nos EUA e *Evidence Act* no Canadá - exercem um papel fundamental na constituição da prova em matéria criminal. Todavia, no Canadá há uma unificação quanto às regras de evidência, nos EUA, segundo GARDNER cada estado tem a autoridade para cria suas próprias regras de evidência, uma vez que estas estejam em conformidade com o estabelecido na Constituição dos EUA.³⁹⁴

Afirma o autor canadense PACIOCCO que as regras de evidência não existem para uma finalidade em si mesma, mas para permitir que os fatos possam ser resolvidos

³⁹³ PACCIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 1

³⁹⁴ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 28.

propriamente e as regras substantivas possam ser aplicadas.³⁹⁵ Essas regras têm funções: controlam qual informação o processo pode receber; como essa informação pode ser apresentada, bem como o uso que poder ser feito dela.³⁹⁶

No direito brasileiro não existe uma legislação própria para se determinar a admissibilidade das provas como existe a exemplo no Canadá com o *Evidence Act*, ou um dispositivo equivalente às *Federal rules of evidence* do direito dos EUA.. Tais regras se localizam de forma esparsa pela Constituição brasileira e pelo processo penal, como por exemplo, a vedação a admissão das provas obtidas por meios ilícitos prevista no artigo 5. inc. LVI da Constituição da República de 1988.

A existência de regras de evidência faz um claro sentido no sistema anglo-saxão, em razão da sua opção de construção da verdade, que se dá através das partes. Por isso, as evidências para se tornarem provas devem se submeter à determinadas regras, que são monitoradas pelo magistrado, que atua na condição de árbitro da causa.

Nas audiências preliminares, ou seja, antes do processo, são definidas com a mediação do magistrado, quais das evidências trazidas pelas partes poderão compor o processo que irá a julgamento. Assim, uma vez que a evidência passa pelo crivo das regras de evidência ela se torna prova e passará a integrar o processo. Após essa audiência preliminar cabe às partes, durante o processo, questionar não a existência ou inexistência de prova, mas se as provas do processo são suficientes para se alcançar o padrão necessário para condenação.

No entanto, a existência de regras de admissibilidade de provas encontra maior dificuldade de aplicação no direito brasileiro, em razão do princípio da busca da verdade real, pois a lógica inquisitorial originária deste instituto, própria da *sensibilidade jurídica*³⁹⁷ brasileira gira em torno da idéia de que para se alcançar a verdade real não há possibilidade de limitações a obtenção da prova. Tal princípio, próprio do processo inquisitorial, permanece até o presente momento no direito brasileiro, por ser antagônico a limitação de provas, gera conflitos entre os instituto da verdade real e das limitações de admissibilidade de provas pela exclusão.

³⁹⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 01

³⁹⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 02

³⁹⁷ GEERTZ, Glifford *O saber Local*, Petrópolis: ed. Vozes. 1999.

A produção da verdade no processo penal brasileiro se faz através da presença de uma série de elementos fáticos e de sensibilidade do magistrado ³⁹⁸. A partir do conceito de prova e de suas finalidades, compreendem-se as formas pelas quais se engendram as forças no processo penal.

A doutrina jurídica brasileira busca conceituar a “prova” afirmando que “*é o meio instrumental que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício do direito de ação e de defesa*”. ³⁹⁹

O autor TOURINHO FILHO, adotando uma conceituação que parte do verbo “provar”, determina que “*provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la*” ⁴⁰⁰. Essa verdade a ser determinada é a verdade real. Assim, afirma o autor POLASTRI que “*o processo penal é uma relação jurídica integrada por um complexo de atos que visam à decisão final, e, no processo penal condenatório, necessário o reconhecimento de elementos para que o juiz chegue ao termo final do processo, alcançando a verdade real e realizando a justiça*”. ⁴⁰¹ (grifo nosso)

A respeito das conceituações explicitadas pelos autores, cabem aqui algumas considerações preliminares. Primeiramente, observa-se que na produção intelectual jurídica brasileira consensual há uma freqüente ausência de interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento, a exemplo da História. A ausência dessa interdisciplinaridade leva os autores brasileiros, porta vozes do sistema jurídico, a exemplo, ADA PELEGRINI GRINOVER, a identificar o sistema jurídico nacional como um sistema acusatório, diferenciado do sistema inquisitório em razão da separação das funções de acusar e julgar ⁴⁰². Ocorre que, os historiadores do processo

³⁹⁸ O autor POLASTRI menciona que o juiz deve ‘sentir’ o processo para conhecer a verdade sobre os fatos. POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p 343. Também neste mesmo sentido CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008, pg. 290.

³⁹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007, pg. 405 Também neste mesmo sentido CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008, pg. 290.

⁴⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 513.

⁴⁰¹ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p 343.

⁴⁰² ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 64-65

identificam outras características⁴⁰³ como mais significantes do que os elementos de distinção apontados pelos autores brasileiros em geral, como por exemplo, o fato de ser o inquérito escrito e secreto e possuir o magistrado poderes de instrução. Todavia, a doutrina jurídica nacional ao mesmo tempo em que afirma que a distinção entre sistema acusatório e inquisitivo se funda na separação das funções de acusar, julgar e defender, afirma a inclusão do órgão julgador como produtor de provas, sem a explicitação dessa antinomia. De fato essa conceituação do sistema brasileiro como acusatório se apresenta como incompatível com os atos instrutórios do magistrado no processo.⁴⁰⁴

A referida classificação do sistema brasileiro como um sistema acusatório, desvinculador dos papéis dos agentes processuais e das funções no processo judicial, mostra-se contraditória quando confrontada com uma série de elementos existentes no processo. Dentre estes, está o princípio vigorante, tanto no direito brasileiro quanto no direito anglo-saxônico, que determina que o ônus da prova caiba a quem alegar. No direito penal, em geral, o ônus da prova é atribuído a acusação, em regra ao órgão estatal do Ministério Público⁴⁰⁵. Todavia, a contrariedade no direito brasileiro é expressa na lei, quando determina o Código de Processo Penal em seu artigo 156, com a sua atual reforma realizada pela lei 11.690 de 2008, que determina:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

⁴⁰³ “Os historiadores que examinaram os procedimentos da Inquisição Moderna são unânimes em ressaltar, entre as características de distinção do Santo Tribunal das demais justiças de seu tempo, segredo que encobria todos os passos do processo inquisitorial, fazendo com que o réu não fosse informado nem das acusações que pesavam sobre ele, nem dos nomes de seus denunciadores, embora devesse confessar suas culpas ou defender-se delas” LIMA, Lana Lage da Gama de. *A Confissão Pelo Averso: o crime de solicitação no Brasil Colonial*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 1990, p.127-128.

⁴⁰⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.a ed Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006 p 105-106

⁴⁰⁵ A exceção no processo penal figura nos crimes de ação penal provada, onde cabe ao ofendido ou seu representante legal a titularidade da ação penal. (artigo 100 Código Penal brasileiro)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (grifo nosso)

A produção de prova pelo magistrado disposta no artigo 156 incisos I e II supra citado compromete diretamente a presunção de inocência, pois acaba por permitir ao juiz a produção de prova contra o acusado, bem como interfere na imparcialidade exigida à função, ainda que isto não faça parte da representação dos magistrados no exercício da sua função.⁴⁰⁶

A lógica, já mencionada, referente ao *due process of law* como garantia das pessoas acusadas com caráter de um direito subjetivo e disponível, e em razão desta a instauração do processo pela presunção de inocência, no direito anglo-saxão, implica no ônus da acusação de se submeter ao processo para provar suas alegação para além de uma dúvida razoável. Neste modelo o magistrado é mero árbitro das regras processuais. A defesa no exercício do seu direito a processo, tem a faculdade de atuar de forma passiva.

Afirmativa descrita no *caput* do referido disposto normativo, supracitado, não determina de forma expressa que cabe unicamente ao Estado a obrigação de provar, mas sim, que a prova cabe a quem a alegar. Tal dispositivo abre espaço à necessidade do acusado, no sistema jurídico brasileiro, ter que provar fatos que lhe exculpem. Com efeito, o ônus processual cabe tanto à acusação quanto à defesa, a exemplo expressa o Art. 189 do CPP que: “*Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e **indicar provas***”. (grifo nosso)

A determinação de que o ônus probatório compete à acusação é para o direito estadunidense e do Canadá uma regra que se reveste de uma garantia das pessoas acusadas. Assim, determina o autor GARDNER que os acusados nos casos criminais são presumidos inocentes até provar a culpa, através do uso da evidência e de

⁴⁰⁶ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Dilemas da Decisão Judicial: As Representações de Juízes brasileiro sobre o Princípio do livre convencimento motivado*. Tese de doutorado defendida na Universidade Gama Filho. 2008.

testemunhas apresentadas durante o processo do acusado. O ônus da prova é sempre do Estado ⁴⁰⁷.

O disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal induz a uma contrariedade no sistema brasileiro, visto que a partir do conceito dos mencionados autores, o direito brasileiro é classificado como acusatório, pois há a separação das atribuições de quem acusa e quem julga. No entanto, ao mesmo tempo em que atribui ao Ministério Público a qualidade de acusador, a quem em tese, caberia o ônus da prova, confere ao magistrado a possibilidade de interferir de ofício nas atribuições deste quanto à produção da prova. ⁴⁰⁸

O ideário inquisitório do processo penal brasileiro é constantemente reafirmado e atualizado, como demonstra a referida reforma legislativa de 2008. Assim, o inciso I do referido artigo determina a produção de prova pelo juiz antes mesmo do processo devidamente instaurado. Tal atividade probatória do juiz é contrária ao ideário do sistema acusatorial, sendo fundada no princípio da verdade real do processo penal brasileiro e se coaduna com o processo medieval inquisitorial, como bem descrevem os historiadores na comparação com o processo acusatório: *“El procedimiento inquisitorial, por el contrario, permite que el juez actúe de oficio, sin necesidad de que um acusador inicie la acción judicial.”*⁴⁰⁹ (grifo nosso).

O ônus da prova para os autores, no direito brasileiro, não se restringe somente à acusação, mas também a defesa tem o dever de provar suas alegações, bem como o juiz tem a mesma possibilidade. Assim, POLASTRI atualiza o autor Helio Tornagui em sua obra editada na década de 70, onde afirma que: *“... o sentido do art. 156 deve ser esse: ressaltadas as presunções, que invertem no ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva tem de ser provados pelo acusador e as referentes ao fatos impeditivos ou extintivos devem ser provados pelo réu”*⁴¹⁰

Como já afirmado, os padrões de prova admitidos no sistema anglo-saxão justificam-se em razão da presunção de inocência, ou seja, para acusação é exigido o

⁴⁰⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980, p 29.

⁴⁰⁸ A atuação de ofício do magistrado na produção da prova também é uma característica do sistema inquisitorial segundo o historiador Joseph Pérez em *Breve Historia de la inquisición en Espana*. Ed Critica: Barcelona. 2002 p 121

⁴⁰⁹ PÉREZ, Joseph em *Breve Historia de la inquisición en Espana*. Ed Critica: Barcelona. 2002 p 121.

⁴¹⁰ TORNAGHI, Hélio *apud* POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Júris: 2007. p 354

mais alto padrão, que corresponde ao *beyond reasonable doubt* e caso haja necessidade do acusado provar algo como, por exemplo, a legítima defesa, o padrão exigido será no direito estadunidense a *preponderance of evidence*, equivalente no direito do Canadá ao padrão *balance of probabilities*.

A ausência da idéia de claros padrões de prova no direito brasileiro reduz a níveis idênticos de produção de prova tanto na atividade da acusação como na atividade da defesa. Com efeito, o referido enunciado demonstra uma orientação no sentido não da garantia de presunção de inocência, no qual se fundamenta o princípio do ônus da prova no sistema anglo-saxônico; mas da presunção de culpabilidade que deve ser desconstituída pelo próprio acusado, em um processo instaurado com base na presunção de culpa, justificada no argumento de que, em havendo dúvida, a denúncia deve ser feita, para instaurar o processo na defesa da sociedade. Idéia institucionalizada no princípio do *in dubio pro societate*. Com efeito, o sistema jurídico brasileiro, segue, nas palavras de KANT de LIMA, sua “... *tradição de transformar direitos em deveres*.”⁴¹¹

No sistema criminal brasileiro, o acusado tem que fazer a defesa do fato, ou seja, deverá fazer prova contrária das acusações que lhe são imputadas. Assim sendo, há uma inversão do ônus da prova. É o que se extrai dos dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao interrogatório, já mencionado. Neste mesmo sentido, sobre os diversos fins do julgamento, afirma MALATESTA, em sua obra sobre as provas em matéria criminal, editada no início do século passado: “*sob esse aspecto, tendo em conta os fins principaes e oppostos a que visam as provas em matéria criminal, ellas podem distinguir-se genericamente em provas da criminalidade e provas da innocencia.*”⁴¹² (sic)

Continua o autor: “*E com isso, ter-se hia tudo dito, se aos fins da defeza fosse preciso estabelecer a certeza da innocencia, como aos fins da accusação convem estabelecer a certeza da criminalidade*”⁴¹³ (sic).

⁴¹¹ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

⁴¹² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 148

⁴¹³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 148

Segue o autor italiano na mesma linha do pensamento jurídico brasileiro, quando determina que: “*Dissemos já, quem as provas visam, em geral, como fim superior, no juízo penal a provar a criminalidade ou a inocência;...*”⁴¹⁴ (sic)

O autor italiano, de referência no direito brasileiro, estabelece uma outra racionalidade para se estabelecer o ônus da prova quando, por exemplo, frente a duas afirmativas contrárias, afirma o autor, que o ônus da prova deve ser determinado a partir das presunções de credibilidade. Assim, “*... se, portanto, da consideração das duas afirmações em si mesmas resulta uma ser mais crível que a outra, é lógico e natural que, devendo impor-se a obrigação da prova a uma d’ellas, se imponha á, que não traz consigo a presunção prevalente de credibilidade*”⁴¹⁵ (sic)

Afirma MALATESTA que é através das presunções que se busca o princípio determinante do ônus da prova. O autor constrói a idéia de que há situações em que se inclina um juízo de maior probabilidade de ocorrência de um fato, verificando assim, o que acontece ordinariamente, em contrário ao que acontece extraordinariamente. Assevera o autor que o princípio supremo da determinação do ônus da prova se estabelece pelo ordinário, que se presume, e o extraordinário deve ser provado, tal princípio é denominado princípio ontológico,⁴¹⁶ enquanto o princípio que tem por fim a construção de uma verdade através dos meios de prova, denomina-se princípio lógico. Todavia, ressalta o autor que para uma coisa ser mais ou menos ordinária ou extraordinária é de difícil determinação.⁴¹⁷

MALATESTA afirma a possibilidade de colisão entre um fato positivo e um fato negativo, neste caso, quem afirma o fato positivo tem preferência no provar, do que a quem afirma o fato negativo. Destaca o autor, o brocardo latino: *probatio incumbit ei que decit, non qui negat*. Tal fato se justifica, segundo o autor, pela razão de que é mais fácil provar o fato positivo do que um fato negativo. Afirma, ainda, que o fato positivo pode ser provado através de provas diretas e provas indiretas. No entanto, o fato negativo somente pode ser provado através de provas indiretas ante a dificuldade de se

⁴¹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 149

⁴¹⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 158.

⁴¹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 158.

⁴¹⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 159.

perceber o que não existiu, inclusive de difícil constatação, vez que o fato negativo não deixa vestígios. Com efeito, o autor alerta ser um equívoco pensar que quem afirma um fato positivo tem o dever de provar, visto que ser impossível a prova de um fato negativo. Na verdade, reafirma o autor, que o fato negativo se prova por meios indiretos.⁴¹⁸

O autor determina que na maior parte das negações haja um conteúdo afirmativo, o que ele denomina de *negações formais*, estas em realidade não seriam negações. Já as *negações substanciais* são, para o autor, as verdadeiras negações. Por exemplo, a negação de qualidade é sempre uma *negação formal*, ou seja, “*não se nega a qualidade de branco de um objeto, senão por asseverar que sua cor é vermelha, verde, amarela, ou qualquer outra cor, contrária ao branco*”⁴¹⁹(sic)

De acordo com MALATESTA, a existência de todo direito concreto está ligado à existência de condições positivas, não pode, portanto, haver condições positivas contrárias. Assim, quando nega-se um direito a uma pessoa afirma-se para a outra.

O autor traz outro exemplo esclarecedor de seus argumentos:

*“O acusado que para fugir á imputação de furto, nega o direito do queixoso sobre a causa, afirma o proprio direito, ou o de outrem que tenha consentido na apropriação que se lhe quer imputar. Esta negação do direito, por isso, é simplesmente formal: a fôrma é o direito negado a um, a substancia é o direito affirmado a outro”*⁴²⁰ (sic)

Continua o autor discorrendo que as negações de *fato* podem ser formais ou substanciais. Assim, são *negações formais de fato* quanto um indivíduo nega um fato e admite outro em seu lugar; e *substanciais* quando se nega um fato sem se admitir outro

⁴¹⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 160.

⁴¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 161.

⁴²⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 162

em seu lugar. Portanto, de acordo com MALATESTA, as *negações formais* são tão fáceis de provar quanto as afirmações positivas, assim sendo não estão dispensadas de serem provadas.⁴²¹

A partir do seu princípio ontológico, MALATESTA diz que quando um fato negativo é extraordinário e um fato positivo é ordinário, o fato positivo, por ser ordinário, se apresenta já como um princípio de prova, que estaria embasado na experiência comum e o fato negativo, por ser extraordinário, deve ser provado⁴²².

Afirma MALATESTA que o princípio ontológico põe nas mãos da acusação o ônus da prova, todavia ressalva o autor:

Mas desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar sua asserção, se o acusado, em contestação da asserção do acusador, apresenta uma simples asserção contraria, não faz senão contrapor uma asserção não provocada a uma asserção provocada, e como a asserção provada tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não provocada, sendo a presunção de verdade n'este segundo momento a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado⁴²³. (sic.)

Afirma MALATESTA, no trecho acima transcrito, que a partir do momento que a acusação reúne provas para sustentar suas proposições e em contestação a defesa apresenta somente a contrariedade às afirmações da acusação sem, no entanto, indicar as suas provas, para o autor, a proposição da acusação deve ser presumida verdadeira,

⁴²¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 163.

⁴²² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 165-166.

⁴²³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1911, p 169.

cabendo à defesa a obrigação de provar o contrário. Cabe enfatizar que tal fato está contrário a presunção de inocência.

No sistema jurídico brasileiro, a fase preliminar probatória é gerida pelo Estado sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. Nesta o Estado se vale do seu aparato instrumental e financeiro para produção de uma verdade que, materializada, se insere no processo judicial.

Segundo a norma processual penal, é a partir dos indícios de autoria e materialidade, colhidos no inquérito policial, que se instaura a ação penal. Assim, determina o CPP em seu Art. 12: “*O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra*”. Seguindo a lógica preconizada pelo autor Italiano, no sistema jurídico nacional surge para o Estado a presunção de credibilidade, por tal razão deve o acusado desconstituí-la produzindo provas da sua inocência, visto que para os autores nacionais não se pode ter processo ou inquérito contra um inocente.⁴²⁴

Ao contrário, no sistema anglo-saxão o acusado, em regra, não tem que fazer nada. A obrigação está sobre o Estado, que deve promover e carregar a acusação com evidências suficientes. O ônus de provar do Estado tem que ser contundente, não podendo ser somente o padrão que o direito norte americano e canadense denomina de uma “dúvida razoável”, mas tem que ser para “além de uma dúvida razoável”⁴²⁵. De forma excepcional, no direito dos EUA e do Canadá, haverá ônus de prova para defesa, como já dito, a exemplo se esta alegar que a confissão do acusado se deu por meio de coação ou que a busca realizada pela polícia foi ilegal. Com efeito, o advogado de defesa fará uma moção para supressão desta prova de acusação⁴²⁶. Observa-se que tal prova não incide sobre a existência ou não do fato, mas sobre a ilegalidade do procedimento feito pela acusação e para tanto o padrão exigido ao acusado será inferior ao da acusação para se garantir a presunção de inocência durante todo o processo.

6.2 Análise da prova e seu objeto

⁴²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg 29.

⁴²⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980, p 29.

⁴²⁶ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 262.

Uma distinção que se expressa como importante para os autores brasileiros é a diferenciação entre “objeto da prova” e “objeto de prova”. Assim, determina TOURINHO FILHO dois sentidos para a referida expressão, um envolvendo a finalidade do objeto da prova e outro a todos os fatos sobre o qual versa a lide. O primeiro, de acordo com o autor “*nada mais é senão o convencimento do julgador*”.⁴²⁷ Endossa essa afirmativa, o autor, afirmando, que “*as partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira*”⁴²⁸ (grifo nosso).

A doutrina jurídica brasileira é uníssona nessa afirmativa de que a prova tem a finalidade de formação do convencimento do juiz, assim, determina MARQUES “*necessário, portanto, é que se dê ao magistrado a possibilidade de formar uma opinião sobre esses fatos e nisto precisamente, consiste o objetivo das provas.*”⁴²⁹. Para o direito brasileiro o magistrado é um “*sujeito do processo investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz se coloca super et inter partes*”.⁴³⁰ Essas afirmações denotam traço significativo para a compreensão do modelo de verdade do direito brasileiro e sua estratégia de poder.⁴³¹

No sistema nacional o processo pertence ao Estado, e sobre o acusado pesa a obrigação de respondê-lo sob pena de presunção de culpabilidade. O direito brasileiro concentra nas mãos do juiz o saber e o poder na medida em que toda instrução processual é dirigida ao órgão estatal, ou seja, na figura do magistrado, podendo o mesmo efetuar a busca pela prova. O juiz é em regra⁴³² o único ente dotado de poder decisório sobre o que será considerado prova.

⁴²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 513

⁴²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg.514.

⁴²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual penal* – volume III. São Paulo: Bookseller. 1998. pg : 253

⁴³⁰ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.*: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008, p 315

⁴³¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro ed. NAU. 1999. pg. 11

⁴³² A exceção no direito brasileiro está no procedimento do Tribunal do Júri aplicado somente para os crimes dolosos contra vida humana artigo 74 § 1º. Este procedimento determina uma outra distribuição do saber e do poder. Diferentemente do procedimento comum.

A contribuição de FOUCAULT para compreensão do sistema jurídico brasileiro, figura na reflexão e na exposição de que os modelos de verdade se submetem às táticas de poder, com destaque às estratégias conjuntas de saber e de poder. A representação da categoria “objeto da prova” como finalidade dirigida ao juiz, induz à percepção de uma determinada relação de poder e saber própria ao inquérito que, segundo FOUCAULT, aparece no século XII.

O surgimento do instituto da infração, bem como, o aparecimento da figura do Procurador, leva à apropriação pelo Estado das formas de litígio⁴³³, onde estas passam a interessar ao soberano. Desta forma, concentra-se o poder e o saber no ente estatal, hodiernamente, no direito brasileiro na figura do magistrado, a quem é dirigida toda produção da prova devendo “*adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual.*”⁴³⁴

No *adversary system* o processo é um direito disponível das pessoas acusadas, onde em alguns Estados pode o cidadão escolher ser julgado por um único juiz ou pelo tribunal do júri. No modelo estadunidense há, segundo NEUBAUER, um plano de distribuição de poderes entre juízes, jurados, promotores e legisladores; tal característica é explicitada como uma garantia, nos processos criminais, na limitação dos poderes dos diferentes atores. Tal estrutura denota uma relação de saber e poder diversa, onde a distribuição desses “saberes e poderes” são compreendidos como uma forma de garantia do cidadão.⁴³⁵

Outra perspectiva representativa do “objeto da prova”, abordada pela doutrina brasileira, se refere “*no sentido daquilo que deve ser provado, então todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto de prova. Objeto da prova, repita-se, é o thema probandum. É o fato a ser provado.*”⁴³⁶ O direito brasileiro divide suas representações em representações de fato e representações de direito. Assim, enigmaticamente determina o porta voz do direito TOURINHO FILHO “*é fato o que não é direito*”⁴³⁷.

⁴³³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas* Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau ed., 1999. p 66-67

⁴³⁴ MIRABETE. Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997. pg. 237.

⁴³⁵ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 23.

⁴³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 513

Constata-se que a percepção da categoria “fato” para o direito brasileiro não se aproxima da representação do que é “fato” para outras esferas do saber,⁴³⁸ bem como, para a ciência e para o sistema anglo-saxão que concebe esta categoria atrelada ao conceito de verdade estabelecida. Consequentemente a representação do “fato” para o direito brasileiro se aproxima da vertente do hipotético em oposição ao concreto, este concreto seria para tanto susceptível de um juízo de valor sobre uma concepção de verdade, por tal motivo o sistema jurídico constrói a idéia de “verdade dos fatos”, expressão também utilizada no direito canônico,⁴³⁹ porém inexistente no direito da *Common Law* dos EUA e do Canadá. Todavia, em oposição a esta perspectiva, instruída pelo pensamento protestante, o sistema do direito anglo-saxão segue sua lógica orientada pela construção consensual de um fato que se relaciona com a concepção de verdade aceita. No direito anglo-saxão estadunidense a culpabilidade do acusado é construída pelas partes de forma consensual⁴⁴⁰. No direito brasileiro busca-se encontrar uma verdade já dada previamente, que é uma verdade concebida pela autoridade.

Cabe mencionar, que Luiz Figueira, no estudo sobre as reapresentações da prova o no direito brasileiro, constatou que no campo jurídico na há um “estabilidade semântica” no que se refere a categoria prova.⁴⁴¹

Quanto à categoria “objeto de prova”, determinam os autores que: “*são todos os fatos, principais ou secundários que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação*”,⁴⁴² segue o autor: “*somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam comprovação, é que constituem objeto de prova*”⁴⁴³ Reitera

⁴³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 513

⁴³⁸ Por exemplo o pensamento de Immanuel Kant: Los objetos de los conceptos cuya realidad objetiva puede probarse (sea por la razón pura, sea por la experiencia, y en el primer caso por medio de datos teóricos o prácticos, mas en todos los casos por medio de una intuición correspondiente) son cosas de hecho (res facti). KANT. Immanuel Crítica del juicio: seguida de las observaciones sobre el asentimiento de lo bello y lo sublime. Trad. Alejo García Moreno, y Juan Ruvira, Madrid, 1876. § 90.2 edição digital <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=2543> capturada em 01/05/2009.

⁴³⁹ GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al código de derecho canônico*: Canones 1999 - 2114. Madrid: BAC, 1964. v. (Biblioteca de Autores Cristãos). Pg 23

⁴⁴⁰ INICIARD. James A. *Criminal Justice* University of Delaware 1990 U.S p 374.

⁴⁴¹ FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris editor. 2008, p 23.

⁴⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 514

⁴⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 514

assim, o direito brasileiro, o entendimento de que os conceitos de prova, verdade e fato não estão necessariamente correlacionados.

Determina a doutrina nacional que nem todos os fatos são “objetos de prova”. Com efeito, são fatos que independem de prova: os Axiomáticos ou Intuitivos: que são aqueles considerados pelos autores como evidentes, no sentido de que “não carecem de prova.”⁴⁴⁴ Por exemplo, nos termos do artigo 162 parágrafo único do CPP,⁴⁴⁵ onde se dispensa o laudo de exame pericial. Também não são “objetos de prova” os chamados fatos notórios, que são considerados como tais aqueles conhecimentos que fazem parte da cultura da sociedade brasileira. Exemplo: o fato de que no Brasil no dia 7 (sete) de setembro se comemora o dia da independência.⁴⁴⁶ Outros pontos são: As presunções legais, aquelas decorrentes da própria lei; exemplo a menoridade penal. Os fatos tidos como inúteis também não são “objetos de prova”. Sendo que a doutrina afirma que são assim considerados aqueles que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade; os exemplos da doutrina referem-se a uma testemunha que afirma que o crime se deu próximo à hora do jantar e o juiz questiona sobre quais os pratos foram servidos durante a refeição.⁴⁴⁷

Todavia, o pensamento jurídico determina que todos os demais fatos devam ser provados, inclusive o denominado fato incontroverso⁴⁴⁸, ou seja, aquela circunstância sobre a qual o órgão acusador e a defesa concordam. A justificativa para tal apreciação se funda primeiramente no fato de que o processo pertence ao Estado; segundo, que a verdade não é construída, mas dada; terceiro que a verdade real termina por sendo aquela que o magistrado determina que seja verdade; por fim, há um permanente sentimento de desconfiança do magistrado, pois “*Neste caso diferentemente que no processo civil existe a necessidade da produção probatória porque o juiz pode*

⁴⁴⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. Rev. São Paulo: Saraiva 2007. p. 291

⁴⁴⁵ Art. 162..... Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante. Código de Processo Penal Brasileiro.

⁴⁴⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p. 291

⁴⁴⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p. 291

⁴⁴⁸ A questão a necessidade de prova dos fatos incontroversos é admitida de forma unânime da doutrina jurídica, neste sentido: GRINOVER, A. P. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

questionar o que lhe parece duvidoso ou suspeito, não estando obrigado à aceitação pura e simples do alegado uniformemente pelas partes”⁴⁴⁹ (grifo nosso).

No sistema anglo-americano do Canadá e dos EUA, não há verdade real a ser buscada, o magistrado exerce a função de árbitro das regras do jogo, onde busca um *fair play*, tampouco o Estado tutela aos direitos das pessoas acusadas, portanto podem promotoria e defesa, negociar a culpabilidade do acusado através do *plea bargaining*, conseqüentemente quanto um determinado fato é incontroverso pelas partes, tem-se que tal fato está decido pelas próprias partes, não cabendo ao magistrado questionar ou investigar circunstâncias sobre a qual concordaram as partes afetas ao processo.

O sistema brasileiro tutelador dos direitos do cidadão revela constantemente sua estratégia de poder, não permitindo em regra a construção da verdade fora do âmbito decisório estatal, que concentra o saber e o poder em um modelo de inquérito judicial brasileiro⁴⁵⁰ pertencente ao Estado. O sistema brasileiro tem sua estrutura assemelhada ao modelo do sistema jurídico vigente no séc. XII descrito por FOUCAULT.⁴⁵¹ No entanto, há a substituição das figuras do soberano pelo Estado, da infração como ofensa ao Rei pela ofensa ao interesse público, e do procurador pela figura do Ministério Público, mesclado com elementos do contraditório e da ampla defesa com uma construção de provas dirigida a auxiliar o Estado na busca de sua verdade.

Com efeito, ao contrário da tradição jurídica dos EUA e do Canadá que determinam em suas Cartas Magnas o processo como um direito individual, bem como um corpo de direitos considerados fundamentais e individuais direcionados especificamente as pessoas acusadas, o sistema brasileiro no mesmo sentido que a orientação inquisitorial, de acordo com seus discursos jurídicos, determina a preponderância do interesse público em detrimento do interesse individual⁴⁵², pois pressupõem desigualdade e não igualdade entre cidadãos. Assim, determina

⁴⁴⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p.292.

⁴⁵⁰ KANT DE LIMA, Roberto. Uso contextualizado da mentira na tradição brasileira: o dilema da ética nos processos de construção da verdade em uma perspectiva comparada. *In Ensaios de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 199-222

⁴⁵¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas* Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau ed., 1999. p 66-67.

⁴⁵² João Mendes apresenta a prevalência do interesse público sobre o individual como um traço característico do sistema inquisitorial. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.ª ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p. 228.

TOURINHO FILHO que: “*outro meio de solução de litígios era a ‘autocomposição’.* *Pela economia de despesas, de gastos, ausência de violência, seria uma forma excelente. Todavia, embora vigente, ainda hoje, para numerosos casos, não pode ser estendida à generalidade dos conflitos, uma vez que, com freqüência, envolve uma capitulação do litigante de menor resistência.*”⁴⁵³(grifo nosso)

A partir de então, o autor justifica a tutela dos direitos do cidadão pelo Estado, bem como afirma ainda que a violação de alguns bens afeta diretamente as condições de vida em sociedade e que somente o Estado é capaz de dirimir os conflitos.⁴⁵⁴ Para o autor de consenso ora trazido ao presente texto, a finalidade do processo penal é “*em suma tornar realidade o direito penal. Enquanto este estabelece sanções aos possíveis transgressores das normas, é pelo processo penal que se aplica a **sanctio júris**, por quanto toda pena é imposta processualmente.*”⁴⁵⁵ Tal afirmativa apresenta-se contrária à perspectiva garantista que concebe as garantias do processo como elemento delimitador da ação do Estado, mas ao contrário apresenta o processo como instrumento de aplicação de sanção coercitiva. O autor GERALDO PRADO, em uma posição crítica, aponta que uma das características da função do processo inquisitório justamente “*consiste na realização do direito penal*”⁴⁵⁶

O conflito entre as garantias fundamentais da Constituição brasileira e o processo penal é latente em seus dispositivos tanto quanto contraditório é o discurso dos autores porta vozes do direito brasileiro, quando ao mesmo autor determina que: “*Enquanto a constituição proclama os direitos e garantias fundamentais do homem, é por meio do processo penal que as garantias tornam os direitos fundamentais realidade*”.⁴⁵⁷ A contradição se denota na finalidade dúbia dada pelo autor ao processo, ora com finalidade de aplicar o direito penal, ora com finalidade de garantia individual.

⁴⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg.03

⁴⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 04

⁴⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 15

⁴⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.a. ed Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p105.

⁴⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 15

Embora a constituição Federal brasileira em seu artigo 5.o. LIV, determine como garantia individual o devido processo legal, este não se relaciona com o *due process of law*,⁴⁵⁸ na medida em que o processo judicial brasileiro pertence ao Estado e o acusado possui deveres frente a este, como o dever de responder ao processo e o dever de provar sua inocência, não havendo em regra geral a possibilidade de disponibilizar direitos.

6.3 Análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro.

Na cultura jurídica estadunidense e do Canadá a participação popular induz a uma percepção de que o direito é construído a partir de seus cidadãos, por tal motivo os indivíduos se consideram mais como agentes do direito do que lhe devendo dever de obediência.⁴⁵⁹ Este fator aproxima, no direito norte americano, a cultura jurídica da cultura cívica, ao passo que no direito brasileiro essa distância induz o cidadão a uma perspectiva de menor participação, desvinculado a cultura cívica da jurídica, construindo uma rerepresentação do direito como algo previamente dado a que se deve estrita obediência.

O direito anglo-saxão da *Common Law* parte do pressuposto de que a verdade é alcançada através da apresentação das provas, ao passo que no direito brasileiro as provas relacionam-se de forma mais próxima à atividade investigatória do Estado⁴⁶⁰, na busca de uma verdade que se encontra fora dos agentes, ou seja, enquanto em um sistema as partes, por meio das provas, constroem juntas uma verdade, no outro ela é mais um instrumento da investigação do Estado.

O direito anglo-americano não acredita na possibilidade da norma prever os comportamentos humanos⁴⁶¹, por isso justifica-se nesse sistema, a prevalência das decisões judiciais sobre casos concretos e sua força normativa. Tal característica, se

⁴⁵⁸ FERREIRA, Marco Aurélio goncalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*.ed, Lúmen Júris. 2004.

⁴⁵⁹ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 32.

⁴⁶⁰ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 15

⁴⁶¹ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008, p 33-34

acomoda ao modelo de sistema judicial pragmático⁴⁶², individualista e igualitário que reflete as referências da sociedade dos EUA e do Canadá.

O direito brasileiro, por sua vez, acredita na possibilidade da regulação e previsão dos comportamentos humanos através da lei. A norma é representada como um ideal de sociedade a ser alcançado, portanto o Estado deve atribuir-lhe força que ultrapasse os interesses individuais e alcance o interesse público determinado pela norma. Para os autores brasileiros, a exemplo ADA PELEGRINI GRINOVER “o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas”.

463

Esta perspectiva exige um grande esforço para a composição de direitos individuais igualitários, dentro de um paradigma regido pelo interesse público, que pressupõe a desigualdade entre seus cidadãos. Alguns autores brasileiros buscam, em seus discursos, essa difícil composição que seguiremos em análise.

O direito brasileiro utiliza a categoria “paz social”, ou “pacificação” como representação da finalidade da atividade da jurisdição. ⁴⁶⁴ Essa finalidade se realiza no provimento jurisdicional que, segundo a doutrina, “quanto mais próximo da vontade do direito substancial, mais perto estará da justiça.”⁴⁶⁵ Partindo dessa premissa a doutrina jurídica brasileira afirma que o juiz não pode ser um sujeito impassível dentro da relação processual. No dizer de ADA PELEGRINI, não pode o juiz ser “refém das partes”⁴⁶⁶.

A idéia de pacificação social se distancia da concepção anglo-saxônica, que percebe a função do judiciário como administrador de conflitos em uma sociedade igualitária, onde as partes constroem a verdade, e se aproxima da idéia de que a lei

⁴⁶² POSNER, Richard. *What Has Pragmatism to Offer Law?* 63 University of Southern California Law Review 1653 (1990).

⁴⁶³ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁶⁴ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.ª ed. 2008, p 30

⁴⁶⁵ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁶⁶ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

descreve um modelo de sociedade que deve ser imposto aos cidadãos, em um contexto de desigualdade.

A atividade instrutória do juiz no processo brasileiro, tanto cível como penal, pressupõe que as partes litigantes são desiguais no sistema jurídico, por isso deve o processo, segundo a autora supra citada “*suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par conditio*”⁴⁶⁷. Por tal razão, para o direito brasileiro, ao contrário do direito anglo-americano, o magistrado não pode limitar-se a analisar os elementos trazidos pelas partes, mas deve determinar sua produção ⁴⁶⁸. Importante destacar que o processo inquisitorial da Idade Média, também pressupunha a desigualdade entre as partes, para tanto, segundo JOÃO MENDES, o segredo, bem como, os atos *ex officio* do juiz no direito canônico, eram justificados como meios de proteção dos fracos⁴⁶⁹. Já o Código de Direito Canônico assim determina no cânone número 1943: “*la inquisicon siempre debe ser secreta y há de practicarse con muchísima cautela, para que no se difunda el rumor del delito ni se ponga en peligro el bueno nombre de nadie*”⁴⁷⁰ Portanto, o direito canônico associa o segredo à proteção da honra de certos indivíduos. Esta idéia é atualizada pelos autores mundo jurídico hodiernos, a exemplo FERNANDO CAPEZ, que proclamam o sigilo do inquirido “*como forma de garantia da intimidade do acusado, resguardando-se assim, seu estado de inocência.*”⁴⁷¹ Assim, podemos concluir que no direito brasileiro o segredo tem as duas conotações acima descritas, ou seja, serve à tutela dos fracos e ao mesmo tempo de proteção a honra de determinados indivíduos.

O direito anglo-americano busca uma simetria entre as partes, sendo a produção da verdade judicial conferida a estes, que a constroem de forma consensual⁴⁷². A perspectiva do processo não é vista como em busca de uma “*pacificação social*”, mas

⁴⁶⁷ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁶⁸ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁶⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959. p 112-113

⁴⁷⁰ GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al código de derecho canónico: Canones 1999 - 2114*. Madrid: BAC, 1964. v. (Biblioteca de Autores Cristãos). Pg 668.

⁴⁷¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 77.

⁴⁷² KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambigüidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na administração da burocracia oficial brasileira. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. pg. 261-289.

sim, na administração dos conflitos entre cidadãos. O magistrado tem mais a função de árbitro do que de órgão decisório. Neste modelo os interesses individuais tem uma maior importância, visto que segundo GARDNER o interesse público na administração da justiça se concretiza na própria efetivação das garantias individuais das pessoas acusadas.⁴⁷³ Assim sendo, a iniciativa para produção da prova no direito anglo-saxão é somente das partes, ressaltando que cabe somente ao Estado todo o ônus de provar a culpa do acusado.

O sistema jurídico brasileiro, mais incisivamente no direito processual penal, é regido pelo princípio da verdade real. Este princípio induz, segundo a doutrina, ao magistrado alcançar um maior grau de probabilidade possível do acontecido, para tanto, confere poderes ao juiz para investigar no intuito de descobrir a verdade, assim de acordo com ADA PELEGRINI *“quanto maior a sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará”*.⁴⁷⁴ No direito brasileiro a descoberta desta verdade é que produzirá a “pacificação social”, assim, segundo ADA PELEGRINI *“Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.”*⁴⁷⁵

A cultura jurídica anglo-saxônica é igualitária e individualista. A concepção individualista parte do pressuposto que o indivíduo encarna em si toda a humanidade⁴⁷⁶, por tal razão, o sistema estadunidense atribui garantias aos indivíduos e permite uma maior liberdade na disponibilização de direitos aos cidadãos como forma de manter a ordem social. Assim, atribui somente às partes a produção das provas sob determinadas regras previamente estabelecidas.

Para o ordenamento jurídico brasileiro a “pacificação social” não atinge uma perspectiva individualista igualitária, ou seja, não percebe a administração de conflitos entre cidadãos iguais, mas uma pacificação entre partes desiguais, devendo o Estado tutelar os direitos dos seus cidadãos. Portanto, a prestação jurisdicional deve atender,

⁴⁷³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980, p 03

⁴⁷⁴ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁷⁵ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁷⁶ DUMOND. Louis. *Homo aequalis: gênese e plenitude a ideologia econômica*. Bauru, SP EDUSC, 2000., p 14.

não às partes litigantes, mas a um todo indefinido denominado “interesse público”. Esta representação se encontra no texto da autora brasileira ADA PELEGRINI, que segue transcrito abaixo.

“Assim, pode-se afirmar que a questão referente à iniciativa instrutória do juiz no processo não se vincula à dicotomia direitos disponíveis-direitos indisponíveis, a qual se restringe exclusivamente ao campo do direito material. Ainda que disponível a relação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível.”⁴⁷⁷

A referida afirmativa apresenta a apropriação pelo Estado das formas de solução de conflito e do próprio processo, de forma semelhantes semelhante ao ideário existente no processo canônico, onde determina que: “*Nas causas de bem público ou em que esteja em jogo a salus animarum (salvação as almas) – como são as causas de nulidade de matrimônio- o instrutor pode e deve proceder ex officio e suprir a negligência das partes em apresentar provas, para evitar uma sentença gravemente injusta*”⁴⁷⁸

A VI emenda à Constituição americana determina que em todos os processos criminais o acusado tenha direito a um julgamento pelo júri⁴⁷⁹. No caso do sistema do Canadá é facultado ao acusado escolher ser julgado por um júri ou por um juiz.⁴⁸⁰ Assim, o sistema anglo-saxão do Canadá e estadunidense legitimam as decisões judiciais no júri e na escolha livre do cidadão, ou seja, reforça a participação e a vontade popular na construção do social, bem como, representa uma estratégia de limitação do poder estatal na medida em que distribui o poder. O sistema jurídico brasileiro atribui ao próprio Estado o poder de estabelecer o bem social, retirando do cidadão à capacidade

⁴⁷⁷ GRINOVER, A. P. . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

⁴⁷⁸ CRESCENTI, José Geraldo. Instrução e Julgamento de Processos: anotação e Prática Processual Canônica. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2007, pg 12.

⁴⁷⁹ CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p. 273

⁴⁸⁰ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 153

de decisão sobre os eventos sociais. Esse discurso justificador dos autores possibilita ao Estado a concentração do poder e do saber.

6.4 Alguns Princípios que orientam a prova.

A freqüente investida do direito brasileiro na absorção de idéias de pensadores norte americanos, a exemplo DWORKIN⁴⁸¹, conduziu a introdução dos paradigmas axiológicos da principiologia na doutrina brasileira. A importância dada no destaque aos princípios da prova se mostra hodiernamente proeminente nos autores da atualidade, quando comparados com as obras dos autores mais antigos.

Assim, traremos para o presente contexto alguns princípios, referentes especificamente às provas, encontrados de maneira uniforme em alguns autores de consenso da atualidade, que os enumeram como elementos norteadores das provas no processo judicial brasileiro.

Com efeito, podemos extrair da doutrina o Princípio da auto-responsabilidade das partes. Este princípio, próprio do direito processual penal brasileiro, determina que as partes assumam as conseqüências da sua inatividade, erro ou atos intencionais⁴⁸² quando da produção das provas. Segundo POLASTRI, tal princípio é resultante do princípio do ônus da prova.⁴⁸³

Embora esse princípio seja enunciado pelos autores, no processo penal brasileiro, em razão do princípio da verdade real, o dispositivo legal descrito abaixo autoriza que em qualquer fase do processo as partes podem apresentar documentos, até fase das alegações finais, assim determina a norma:

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

⁴⁸¹ Uma obra de DWORKIN de constante referencia atualmente no direito nacional é a *A Matter of Principle* traduzida pela editora Martins Fontes como: *uma questão de princípio*.

⁴⁸² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 315.

⁴⁸³ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p.363.

Como já afirmado, o direito anglo-saxão lida com a presunção de inocência, cabendo à acusação o ônus de produzir as provas. Para a defesa a produção de provas se reveste de mera faculdade.

Outro instituto reconhecido pelos autores brasileiro é o princípio da audiência contraditória, que determina que toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte⁴⁸⁴. No entanto, esse princípio não encontra acolhimento na fase do inquérito policial, onde a prova produzida nesta fase não está sob o crivo do contraditório, mas compões o processo judicial no momento em que o ministério público ou o titular da ação propõe a demanda.

Segundo GRIFFITHS e CUNNINGHAM, no direito anglo-saxão o sistema de justiça criminal é formado pela polícia, pelas cortes e pelo sistema correcional⁴⁸⁵ que equivale à execução. No entanto, não existe inquérito policial onde a investigação secreta materializa provas. A atividade policial está explicitamente limitada pela Carta de direitos, podendo invalidar as evidências obtidas para futuro processo judicial.

O princípio da aquisição ou também chamado de princípio da comunhão das provas determina no direito brasileiro que não há provas pertencentes a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. No dizer do autor FERNANDO CAPEZ, as provas pertencem ao processo, até porque, as provas são destinadas à formação da convicção do órgão julgador⁴⁸⁶. De acordo com POLASTRI “*No processo penal, pertence a cada parte o ônus da produção de sua respectiva prova, mas, uma vez produzida, existirá a comunhão*”⁴⁸⁷.

Sendo a verdade processual determinada somente pelo órgão julgador, e não construída em conjunto pelas partes, e sendo o processo de propriedade do Estado, compreende-se que todo objeto inserido nos autos deva ser dirigido ao órgão detentor dessa verdade, vez que ela é indisponível para os litigantes.

⁴⁸⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 315.

⁴⁸⁵ GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003. p 03

⁴⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 315.

⁴⁸⁷ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p. 363.

Como já afirmado, a verdade no sistema anglo-saxão é negociada, por conseguinte as provas não buscam uma verdade além da que as partes determinam, mas a verdade trazida pelas partes.

O princípio da oralidade, segundo o autor FERNANDO CAPEZ, determina, no sistema jurídico brasileiro, que deve haver a predominância de palavra falada que acontece através de depoimentos debates e alegações. O autor afirma que os depoimentos são orais, não podendo haver substituição por outros meios⁴⁸⁸. A tradição jurídica brasileira sofre grande influência, seja no processo civil, seja no processo penal, das formas inquisitoriais.⁴⁸⁹

De acordo com a pesquisa empírica realizada por BARBARA LUPETTI, constatou-se a ausência da oralidade no processo judicial brasileiro, uma vez que tudo é transpassado pelo magistrado e reduzido a termo. Por conseguinte, não há uma descrição literal das palavras proferidas em audiência e a decisão judicial de primeira e segunda instância recebem influência profunda desses escritos⁴⁹⁰.

Como já mencionado nas audiências que assisti enquanto pesquisador do sistema judicial criminal do Canadá, pude perceber que o processo privilegia a forma oral, ou seja, não há peça de denúncia escrita, conseqüentemente não há defesa preliminar feita por escrito. Tais atos são realizados em audiência perante um juiz que regulará os debates. Há uma pasta de documentos que todos possuem de forma idêntica, nela as provas documentais estão fichadas e numeradas, estas são mencionadas no processo e apresentadas por vezes às testemunhas. Tudo que é falado no tribunal é registrado através do taquígrafo, o que demonstra a importância dada a literalidade dos discursos e depoimentos, preservando assim a oralidade.

⁴⁸⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008. p 315.

⁴⁸⁹ Ver demonstração empírica realizada por TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Do princípio do livre convencimento motivado: Legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros*. Rio de Janeiro Lúmen Júris. no prelo.

⁴⁹⁰ BAPTISTA, Bárbara Lupetti, *Os rituais judiciários e o princípio da oralidade*. Porto Alegre- Pr . Sergio Antonio Fabris Editor. 2008, p 323.

CAPÍTULO VII.

O DIREITO DE PERMANECER CALADO E A VEDAÇÃO À AUTO - INCRIMINAÇÃO.

O direito de permanecer calado no direito anglo-saxão é decorrente da garantia das pessoas acusadas da prática de ilícitos criminais diretamente ligado ao *due process of law*. Como já afirmado, quando um indivíduo se negava a falar diante de uma acusação, havia a intervenção de um terceiro afirmando *not guilty*, (não culpado). Tal afirmação obrigava a instauração do processo, submetendo a parte acusadora a ter que provar suas alegações diante de julgadores. Desta forma é que no direito anglo-saxão se institucionaliza o *the right to stay mute* (direito de permanecer calado) permeado pelo signo de presunção de inocência no processo judicial criminal. Ao mesmo tempo, o direito de permanecer calado assegura, portanto, o *non incriminatory right* (direito a não auto-incriminação.).⁴⁹¹

A constituição dos EUA em sua V emenda assegura a vedação a auto-incriminação às pessoas acusadas de crimes.

Assim determina na V (quinta) emenda à Constituição dos EUA:

“Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante salvo por denúncia ou pronúncia de um júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe perda da vida ou de algum membro (to be twice put in jeopardy of life or limb) ; nem será obrigada a depor

⁴⁹¹ KANT DE LIMA *apud* FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro. Lúmen júris. 2004. p 27-28.

*contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem que exerça seu direito ao devido processo legal regular; (due process of law); a propriedade privada não será desapropriada para uso sem justa indenização. ”*⁴⁹² (Grifo nosso)

Foi no caso *Malloy v Hogan* que nos EUA a Suprema Corte em junho de 1964 assegurou o direito à não auto-incriminação sob a proteção da Constituição. O caso envolvia Willian Malloy condenado pela acusação da prática de jogos ilícitos em Hartford em 1959, onde foi sentenciado a 90 dias de prisão e multa de US\$ 500,00 (quinhentos dólares). Em 1961 Malloy foi chamado a testemunhar durante a inquirição do delito de jogos ilícitos sobre outra atividade criminosa no município de Hartford. Malloy se recusou a responder a qualquer questão anterior a sua prisão, bem como sobre o seu envolvimento com a pessoa sobre a qual as atividades estavam sob investigação, alegando que isto poderia incriminá-lo. O juiz determinou que Malloy fosse colocado na prisão até que concordasse em responder as questões. Malloy apelou da decisão para a Corte de Connecticut que, negou-lhe a aplicação do direito exposto na da 5 emenda⁴⁹³ pois esta na época somente se aplicava aos casos federais. Em recurso, a Suprema Corte determinou a aplicação da 5ª emenda ao devido processo legal. Portanto, submetendo os estados a essa garantia, bem como assegurou o direito de permanecer em silêncio quando este resultar na possibilidade de auto-incriminação.⁴⁹⁴

Outra importante decisão jurisprudencial dos EUA foi no caso *Miranda v. Arizona*, em 1964, a qual determinou que a confissão de um sujeito sob custódia policial, não pode ser usada no Tribunal se o indivíduo não foi informado dos seus direitos constitucionais, inclusive o direito ao silêncio. Assim, não pode a promotoria, na busca de desqualificar as declarações do acusado, confrontar as declarações em juízo com as obtidas em sede policial por meio de violação as normas constitucionais.⁴⁹⁵

⁴⁹² CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p. 254

⁴⁹³ GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. Fact on file, 1973, p 18.

⁴⁹⁴ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro, Lumen juris 2008. p 193.

⁴⁹⁵ GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. New York. Fact on file, 1973, p 79.

Desta forma a Suprema Corte estadunidense constrói o direito ao silêncio e a vedação a auto-incriminação.

No direito do Canadá, de acordo com o autor PACIOCCO, há duas formas de garantias conferidas aos acusados. Uma ocorre quando o acusado é compelido a atuar como uma testemunha contra si mesmo, falando sobre sua própria culpabilidade, esta é denominada de *self- conscription*. A outra ocorre quando o acusado é obrigado a produzir uma evidência contra si mesmo, denominada de *non- testimonial conscription*. Para o autor a presunção de inocência é ofendida em ambas as hipóteses, ou quando se obriga a uma pessoas a responder uma alegação ou a participar de investigação contra ela. Segundo o autor a presunção de inocência é afetada pois se o acusado participa da investigação ou fornece a evidência, isto faz com que se coloque no acusado o ônus de provar sua inocência ou o de fornecer a evidência para sua própria culpabilidade, aliviando assim o ônus que cabe à acusação.⁴⁹⁶

Segundo o autor, a Suprema Corte do Canadá passou a inserir na categoria *self- incrimination* tanto a hipótese de *self- conscription*, como a hipótese de *non-testeminal conscription*, devendo portanto ser excluídas por violação as garantias constitucionais.⁴⁹⁷ Nos EUA o caso *Schmerber v Califorina* e o caso *Rochin v. California*,⁴⁹⁸ foram significantes para que a Suprema Corte incluísse o fornecimento involuntário de evidência pelo acusado, como forma de violação à garantia da não auto-incriminação.

A Carta de direitos do Canadá, em sua seção 13, apresenta explicitamente a garantia da vedação à auto-incriminação, no qual em seu texto determina que:

*Uma testemunha que depõe em qualquer processo tem o direito de não ter quaisquer provas incriminatórias utilizada para incriminá-la em qualquer outro processo, salvo em uma acusação de perjúrio ou para apresentação de provas contraditórias.*⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 228-229

⁴⁹⁷ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 230-231

⁴⁹⁸ GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. New York. Fact on file, 1973, p 129-130.

⁴⁹⁹ 13. *A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for*

No mesmo sentido da norma constitucional, PACIOCCO afirma que o *Canada Evidence Act* na secção número 5 expressa a protecção a testemunha contra a auto-incriminação, onde determina que aqueles que são forçados a revelar em seu testemunho que cometeram crimes, não poderão ter suas declarações usadas pela acusação em outro processo criminal contra os mesmos.⁵⁰⁰

Importa ressaltar que, no direito anglo-saxão dos EUA e do Canadá, o acusado, quando voluntariamente se disponibiliza a ser examinado pelo advogado e a promotoria, passa a ser neste momento uma testemunha, podendo estar sujeito ao crime de perjúrio, bem como poderá proferir declarações contraditórias que poderão ser utilizadas para desqualificar seu depoimento. Todavia, o perjúrio e o testemunho contraditório não estão sob a protecção da cláusula da vedação à auto-incriminação, visto que representam uma exceção à regra que veda a auto-incriminação, como determina o disposto final da secção 13 na Carta de Direitos do Canadá.⁵⁰¹

De acordo com os autores BÉLIVEAU e VAUCLAIR, o direito ao silêncio faz parte dos princípios fundamentais do direito contidos na Carta de Direitos do Canadá e a Suprema Corte explanou que essa regra derivada da *Common law* é a manifestação do princípio que veda a auto-incriminação.⁵⁰²

Reafirma o autor PACIOCCO que as pessoas acusadas tem constitucionalmente garantido na secção 7 da Carta de Direitos do Canadá o direito de manter-se em silêncio, tanto no estágio de investigação quanto durante o processo, a exemplo, a Suprema Corte do Canadá assegurou no caso *R. V Chambers* que a Coroa (acusação) violou esse direito quando em exame do réu (*cross-examination*) questionou o acusado sobre o porque ele não forneceu à polícia a mesma explicação que ele deu durante seu depoimento em juízo.⁵⁰³

Em outro caso, *R. v Hebert*, o autor STUART afirma que a jurisprudência da Suprema Corte do Canadá determinou que, sob a égide da Constituição o direito ao

the giving of contradictory evidence. Livre tradução do autor.

⁵⁰⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 232.

⁵⁰¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 226

⁵⁰² BÉLIVEAU, Pierre e VAUCLAIR, Martin. *Traité Général de prouve et procédure pénales*. Yvon Blais. Quebec. 2008 p. 414

⁵⁰³ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 252

silêncio visa resguardar os direitos da pessoa detidas, bem como manter a reputação e a integridade do sistema canadense de justiça. No referido caso havia uma acusação de roubo; ao acusado foi informado o direito a ter um advogado, então efetuou uma ligação para o seu advogado que lhe informou do seu direito de se recusar a dar qualquer declaração, então o indivíduo foi levado para a sala de entrevistas na delegacia de polícia. Quando foi questionado do porque praticou o roubo, o acusado disse que não desejava realizar nenhuma declaração, então o policial o colocou em uma cela mantendo-o sob detenção. Na cela o policial começou a conversar com o detido, que acabou por se incriminar no roubo. Durante o julgamento a corte determinou que o direito ao silêncio foi violado e que a declaração trazida pela promotoria deveria ser excluída. A Coroa não apresentou outra evidência e então o acusado foi absolvido.⁵⁰⁴

Com feito, a garantia de permanecer em silêncio (*the right to stay mute*), conferida aos acusados no sistema criminal anglo-saxão, reveste-se de uma garantia do cidadão, pois caso contrário poderá sofrer, além da acusação que lhe está sendo imputada, a incriminação da prática do crime de perjúrio. Assim, a existência de tal instituto reveste-se de uma garantia das pessoas acusadas visto que impede a auto-incriminação, bem como assegura a não imputação pelo perjúrio. Ressalta-se que essa garantia se faz coerente em um sistema que não busque a verdade real e admita a mentira do acusado como um ilícito penal. Por consequência lógica, não está o acusado protegido por esse direito caso decida mentir, ou dar declarações contraditórias.

A racionalidade da doutrina brasileira se apresenta diametralmente oposta ao direito anglo-saxão, na medida em que a exemplo do que afirma o autor Luiz Flávio Gomes, o nosso sistema jurídico admite a mentira do acusado como uma das hipóteses de não auto-incriminação.⁵⁰⁵ Tal posicionamento apresenta-se de forma uníssona com algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que no HC 73.035/DF não considerou como crime a conduta da testemunha que oculta a verdade para não se auto incriminar, utilizando em decisão unânime o fundamento dos autores Celso Delmanto e Damásio de Jesus que afirmam não haver crime de falso testemunho se a testemunha mente para não

⁵⁰⁴ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005. p. 326

⁵⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. O direito ao silêncio e as investigações. CCJ do Senado rasga (uma vez mais) a Constituição brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12041>>. Acesso em: 16 jun. 2009/16 jun. 2009.

se auto incriminar, pois não haveria a inexigibilidade de conduta diversa o que excluiria a culpabilidade como um dos elementos do crime.⁵⁰⁶ No mesmo sentido, foi o HC n.o. 71.261-4/RJ no qual o ministro Celso Mello profere seu voto no mesmo sentido do relator, afirmando que é direito da testemunha compromissada com a verdade de violar esse compromisso e declarar falsamente. Segundo Celso Mello tal conduta estaria amparada na garantia constitucional da vedação à auto-incriminação.⁵⁰⁷

No sistema jurídico brasileiro, a garantia de permanecer em silêncio, adotada por influência do direito do anglo-saxônico, figura em nossa Constituição, que determina no artigo 5.º LXIII – “o preso será **informado de seus direitos**, entre os quais o **de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifo nosso).

Entretanto o direito de permanecer calado apresenta-se com déficit de coerência na tradição jurídica brasileira, na medida em que esta tradição jurídica admite a verdade real como objetivo do órgão julgador. Admite ainda a presunção de culpabilidade na instauração do processo, orientada pelo *in dubio pro societate*.

O direito de permanecer calado perde legitimidade, vez que não existe previsão o crime de perjúrio imputável ao acusado que faltar com a verdade no processo penal brasileiro. A ausência de tipificação para a conduta faltar o acusado com a verdade no processo tem respaldo do princípio da reserva legal de *status* constitucional, (artigo 5.º XXXIX e CP. Art. 1.º) que determina *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.*, Com efeito, a mentira do acusado, por não ser proibida, tem-se como permitida. Portanto, de acordo com o direito brasileiro, há a possibilidade de o acusado permanecer em silêncio ou, caso queria falar, faltar com a verdade.

Nos processo inquisitorial, era exigido da testemunha o juramento de dizer a verdade. No entanto, a mentira do acusado não era percebida como um delito. Assim, determina o direito inquisitorial: “*Al imputado en el sumario, lo mismo que al reo en el proceso judicial, no puede el juez imponerle el juramento de decir la verdad (Can. 1744)*”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao Silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p 107

⁵⁰⁷ AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao Silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p 109

⁵⁰⁸ GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al código de derecho canónico: Canones 1999 - 2114*. Madrid: BAC, 1964. v. (Biblioteca de Autores Cristãos). Pg 680

A não *culpabilização* do acusado no direito brasileiro tem seu fundamento na lógica estruturante do antigo processo inquisitorial⁵⁰⁹, no qual o depoimento voluntário e espontâneo do réu era sempre envolto em desconfiança. Essa desconfiança decorre do fato de que o magistrado, no sistema inquisitorial, é o único que pode determinar o que será considerado verdade no processo, ou seja, a escolha do que será considerado prova, sendo as partes consideradas meros auxiliares para o encontro da verdade. Assim, a tradição inquisitorial lidava com a desconfiança constante das partes do processo, essa desconfiança é encontrada no manual dos inquisidores no capítulo 23: “Os dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges”:

“Quando o inquisidor enfrentar um herege esperto, audacioso, malicioso, que se esquiva das perguntas e desconversa, deve agir da mesma maneira e usar de malícia, a fim de forçar o herege a revelar os erros, convertendo-os em verdade, para que o inquisidor possa dizer como o Apóstolo: ' Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude' (2 Cor 12,16)”.⁵¹⁰

Para o procedimento inquisitorial, assim como no direito brasileiro, a verdade não se encontra nas mãos das partes, mas sim, externa a elas e para alcançá-la confere-se inclusive poderes instrutores ao juiz, devendo essa verdade ser desvendada por ele.

No processo inquisitorial o magistrado é o único detentor da interpretação autorizada dos fatos e a decisão judicial é resultante do seu livre convencimento na apreciação das provas. Por ser o único prolator da verdade é que qualquer verdade prévia e pronta apresentada ao magistrado é considerada como suspeita. Esta visão de constante desconfiança das partes litigantes no processo ainda é presente em nossa dogmática jurídica. Conforme se verifica no discurso do autor TOURINHO FILHO quando se refere ao valor probatório das partes:

⁵⁰⁹ A inquisição no direito canônico.

⁵¹⁰ DOMINICANO, Frei Nicolau Eymerich. *Manual dos Inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Ed UNB. 1993, p. 123.

Acusado e ofendido são sujeitos da relação jurídico-material. Situam-se em pólos diferentes. Um pratica a ação delituosa; outro sofre essa mesma ação.

Suas palavras, por conseguinte, por si só, não merecem crédito, dados os interesses em jogo.

Grosso modo ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e, assim, suas declarações devem ser aceitas com reservas.⁵¹¹.(grifo nosso)

Continua o autor, em outra obra de significativa referência, onde discorre sobre a atitude do juiz no processo penal quanto à verdade real, afirmando:

*No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que lhe apresente reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar por si mesmo essas verdades.*⁵¹².
(grifo nosso)

No mesmo sentido que expressa a suspeita magistrado em relação às partes, figura o argumento da autora GRINOVER, quando justifica os atos instrutórios do magistrado, afirmando que para tanto, não pode o juiz ser “*refém das partes*”⁵¹³.

A prévia suspeita do magistrado com relação às partes, no direito brasileiro, não impõe ao acusado a obrigação de dizer a verdade, pois esta não será trazida pelas partes como no sistema anglo-saxão. No sistema nacional o juiz deverá procurar a verdade por si mesmo, como afirma o autor supracitado, visto que a lógica da verdade real, existente no direito brasileiro, confere ao juiz o poder decisório, além das partes,

⁵¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva 2007, pg 542.

⁵¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva 2009, pg 219.

⁵¹³ GRINOVER, A. P. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

para escolha do que será considerado verdade, dentro dos inúmeros elementos contidos no processo.

No processo penal brasileiro, antes da alteração introduzida em 2003 pela lei 10.792, o silêncio do acusado sempre fora interpretado em detrimento do acusado. Assim, a redação do artigo 186 em sua parte final expressava que:

“Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. (grifo nosso)

Após a proclamação da lei 10.792/03 a composição se altera no sentido completamente oposto, assim a nova redação determina:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (grifo nosso)

A presunção de culpabilidade, quanto ao silêncio das pessoas acusadas, persiste hodiernamente no processo civil quando dos efeitos da revelia, por exemplo; figurava explicitamente no processo penal na antiga redação do artigo 186 e a partir da reforma de 2003 passa a ter redação oposta. Ocorre pois que, apesar da nova redação se aproximar do ideário existente no direito anglo-saxão, é fato que não se muda uma tradição jurídica alterando apenas alguns artigos de um Código, pois uma tradição

jurídica antes de mais nada é uma tradição cultural. Tal conflito pode ser percebido nos textos jurídicos, quando o autor NUCCI afirma que:

*Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação do acusado. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação.*⁵¹⁴

A questão do silêncio é tratada de modo antagônico pelas tradições jurídicas em debate. Assim, na tradição jurídica inquisitorial, semelhante à brasileira, o silêncio do acusado denotava uma presunção de culpa, uma vez que o acusado se recusava a confessar a prática de um crime que o juiz através de prévia investigação já conhecia. Significava então, que não estava arrependido de cometer aquele “pecado”. Assim, era submetido a todo tipo de tortura para que confessasse e desta forma se redimisse perante a Igreja e a comunidade cristã. O histórico legislativo nacional demonstra que a tradição jurídica do processo penal brasileiro sempre pressupôs o silêncio como presunção de culpabilidade, sentimento que não se alterou, conforme se extrai da citação do referido autor. Na tradição anglo-americana, ao contrário, o silêncio, como já dito, passou a significar uma declaração de não culpado,⁵¹⁵ bem como uma garantia de não auto-incriminação.

⁵¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 418

⁵¹⁵ KANT DE LIMA, Roberto. "Verdade ou Mentira? Uma Perspectiva Comparada do Processo (Brasil/EUA)". *Revista de Direito Alternativo*, nº 2. SP, Ed. Acadêmica, 1993: 60-73.

A verdade consensual que orienta o direito anglo-saxão, atribui às partes a responsabilidade na construção da verdade. Portanto, uma vez que são construtores da verdade, submetendo-se às regras de evidência, é inadmissível que alguém falte com a verdade no processo, devendo por tanto ser punido. A mentira do acusado é algo que viola as regras, por isso há no sistema anglo saxão dos EUA e do Canadá o crime de perjúrio, que é punido severamente, como a exemplo no Código Criminal do Canadá que determina com pena máxima para delito de perjúrio 14 anos de prisão. Por conseguinte, de outro lado, há a garantia ao silêncio e a não auto-incriminação.

Enquanto no sistema anglo-saxão do EUA e do Canadá, a garantia ao silêncio e a vedação a auto-incriminação apresentam-se como institutos correlacionados, que emergem da sua lógica procedimental, a garantia do silêncio adentra ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da do texto constitucional de 1988 que determina o direito de permanecer calado no artigo 5.o.LXIII. Todavia, a vedação a auto-incriminação adentra explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro somente a partir do Pacto de São José de Costa Rica, internalizado no Decreto 678 de junho de 1992, o qual determina no art. 8.º, n.º 2, alínea g, que: “*toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*”. Com efeito, tais institutos no sistema brasileiro apresentam-se quase desassociadas.

A difícil concretização do silêncio do acusado esbarra na construção do procedimento criminal brasileiro. Enquanto que na *Common law* o acusado é também uma testemunha sujeita ao exame pelas partes e o magistrado neste modelo não faz inquirição à testemunha. No direito brasileiro, o interrogatório na fase judicial é inicialmente realizado pelo próprio magistrado no exercício de seus poderes instrutórios. Assim, afirma NUCCI:

O interrogante deve ser neutro, absolutamente imparcial, equilibrado e sereno. Não pode o juiz gerar no réu medo, insegurança, nem tampouco revolta e rancor. O momento é de autodefesa, primordialmente. Em

*segundo plano, forma-se prova contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar.*⁵¹⁶

Verifica-se que os atos instrutórios do magistrado podem produzir prova contra ou a favor do réu, fato inexistente no direito anglo-saxão, visto que prima pela neutralidade do magistrado entre as partes em disputa, para tanto não possui poderes instrutórios.

Assim, os atos instrutórios do magistrado na busca da verdade real determinam a preponderância da verdade prolatada pelo Estado, impendendo uma ampla aplicação do direito ao silêncio no sistema brasileiro, na medida em que os autores sustentam que a garantia ao silêncio não atinge o momento do interrogatório, quando o juiz busca as qualificações do acusado, que nos termos do Artigo 187 do Código de Processo Penal referem-se a questões sobre “*a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais*”. Nesse sentido, segundo NUCCI: “***Em relação à qualificação, não cabe o direito ao silêncio, nem o fornecimento de dados falsos sem que haja consequência jurídica impondo sanção. O direito ao silêncio não é ilimitado nem pode ser exercido abusivamente***”⁵¹⁷ (grifo nosso). Neste mesmo sentido se posiciona TOURINHO FILHO, quando afirma que: “*Tratando-se do interrogatório de qualificação, evidentemente seria um não-senso pudesse o réu ocultar sua identidade, sob pena de cometer o crime previsto no art. 307 do Código Penal.*”⁵¹⁸ (grifo nosso).

Outro aspecto a ser verificado no direito brasileiro refere-se à questão das chamadas intervenções corporais para obtenção da prova. Essas seguem no dizer do autor PACELLI de OLIVEIRA a situação na qual “*o réu, sujeito de direitos, e não*

⁵¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p. 419.

⁵¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p. 417

⁵¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva 2009, p 289.

mero objeto do processo deva se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.”⁵¹⁹

Enquanto o sistema jurídico anglo-saxão, em razão do princípio da presunção de inocência, busca construir a prova fora da pessoa do acusado e nesta direção concretizando o direito à não auto-incriminação como uma garantia das pessoas acusadas, a tradição jurídica brasileira exerce com dificuldade a mesma garantia da vedação à auto-incriminação no que se refere à produção de prova fora da pessoa do réu. Para tanto, o autor supracitado afirma que em caso de recusa do acusado em fornecer a prova corporal, deve o magistrado presumir a existência do fato, assim preconiza o autor:

“Pensamos que a única alternativa que se abre ao Estado, uma vez admitida a validade de suas disposições interventivas na pessoa do acusado, é a valoração dessa recusa, por ocasião da formação do convencimento do juiz. Trata-se, mesmo, da conhecida presunção a cerca de existência de um fato, ainda que não provado, mas estabelecida por dedução, a partir de outro fato, não justificado racionalmente (a recusa a um meio de prova legal que, comprovadamente, não ponha em risco a pessoa do acusado, em todas as dimensões de sua dignidade, já aqui especificadas)”⁵²⁰

Observa-se que o mesmo autor traz a referência do Direito Civil, para justificar a sua afirmativa descrita acima. Cita o exemplo do artigo 232 do Código Civil Brasileiro, como uma possibilidade de presumir a culpa no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo citado pelo livro do autor, determina: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”⁵²¹ É importante observar a abertura ao discurso justificantes da presunção de culpabilidade.

⁵¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 329

⁵²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 334

⁵²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 335

A complexidade do direito anglo-saxão, que permite a negociação da culpabilidade e um processo que se constrói como um direito a ser exercido pelas pessoas acusadas, sem busca da verdade real, não comporta em sua lógica a problemática levantada pelos autores brasileiros, quanto à falsa acusação e a obrigatoriedade do acusado depor sobre suas qualificações. Pois no sistema algo - saxão do Canadá e dos EUA, onde a verdade é construída, quem assume a culpabilidade por um delito irá responder por ele e o direito ao silêncio obriga a acusação a trazer as provas fora do indivíduo acusado.

Por tais razões, torna-se difícil a adaptação das normas inspiradas pelos ideais democráticos à tradição jurídica de influencia inquisitorial nacional. Em resumo: porque a garantia da não auto-incriminação (*self incrimination*) é derivada do sistema anglo-saxônico, essa garantia é resultante do direito de permanecer calado, seguindo a lógica que se coaduna com a existência do delito de perjúrio, inexistente no direito brasileiro.

Em segundo lugar, não se apresenta coerente relacionar a mentira do acusado com a vedação à auto-incriminação, tendo em vista que tal garantia somente adentra no ordenamento jurídico nacional a partir do decreto 678 de 1992. No entanto, jamais houve, no sistema jurídico brasileiro, a tipificação para o acusado que falta com a verdade, bem como na tradição anglo-sônica o perjúrio é justamente a exceção à vedação à auto-incriminação, ou seja, o acusado pode se silenciar, mas querendo falar não pode faltar com a verdade.

7.1 A Confissão e a garantia da vedação auto-incriminação.

Neste ponto que analisa a perspectiva da vedação a auto-incriminação, importante se torna destacar o posicionamento do instituto da confissão nas respectivas tradições jurídicas.

Primeiramente, há que destacar que na tradição jurídica da *common law*, tanto estadunidense como canadense, há duas formas de admissão da culpa pelo acusado. A primeira relaciona-se com a questão da possibilidade do acusado negociar sua culpa em relação à acusação que lhe é feita, a exemplo no *plea bargaining*. No que tange a esse aspecto não cabe ao magistrado a ingerência sobre a negociação das partes quanto à

responsabilidade criminal assumida pelo indivíduo na presença de seu advogado. No sistema do EUA, neste momento, o magistrado atua mais como um mediador entre a acusação e a defesa do que como um órgão que impõe a decisão. Todavia, este primeiro aspecto do direito anglo-saxão não é tomado pelos autores como incluso na categoria confissão (*confession*), mas na categoria *plea* (alegação) que, como já afirmado, pode ser culpado ou não culpado (*plea guilty* ou *not guilty*).

A segunda forma de admissão da culpa refere-se às declarações do acusado que são proferidas extra-judicialmente, em havendo admissão da culpabilidade, considera-se como confissão.

No caso *Miranda v. Arizona* a Suprema Corte dos EUA determinou que a confissão não pode de ser usada se o suspeito, que estiver sob custódia policial, não tiver sido informado do seu direito a um advogado e do direito de permanecer calado.⁵²² A justificativa atribuída pelo direito anglo-saxão estadunidense a essa vedação, verifica-se segundo GALLOWAY, na crença de que a coação pode afetar a credibilidade das declarações, ou seja, com a coação existe a possibilidade da confissão não ser verdadeira.⁵²³

Frequentemente na doutrina do direito anglo-saxão a categoria confissão é utilizada no capítulo que trata da investigação policial, mormente no questionamento policial, ou seja, como já afirmado, na fase extraprocessual.

O autor do direito anglo-saxão STUART, determina como primeira característica da confissão a voluntariedade. Assim, o autor afirma que a Suprema Corte do Canadá estabelece que as declarações dos acusados devem ser voluntárias pela simples razão de que tais declarações, quando espontâneas, são mais confiáveis e possuem mais credibilidade.⁵²⁴

Segundo PACIOCCO as declarações feitas pelo acusado devem ser feitas ante uma pessoa imbuída de autoridade, como por exemplo, um oficial de polícia. No entanto, ressalta o autor que no direito da *Common law* do Canadá não é fácil admitir esse tipo de evidência nos casos criminais, visto que a Coroa tem de início o ônus de

⁵²² GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. Fact on file, 1973, p 79.

⁵²³ GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. Fact on file, 1973, p 80.

⁵²⁴ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thomson. 2005. p 316.

estabelecer, no padrão de prova para além de uma dúvida razoável, que as declarações foram realizadas pelo acusado de forma voluntária.

Afirma o autor, que existem no direito da *Common law* as chamadas regras da confissão voluntária (*confession rules* ou *voluntariness rules*) que adquirem *status* constitucional no direito do Canadá na secção 7 da sua Carta de Direitos. Com efeito, cabe a acusação o ônus de estabelecer a voluntariedade da declaração realizada pelo acusado no mais alto padrão de prova e o ônus do acusado cinge-se no estabelecer da ocorrência de violação de seus direitos, sendo admitida dentro de um padrão de prova inferior, o chamado equilíbrio de probabilidades.⁵²⁵

Segundo PACIOCCO, no direito do Canadá as *voluntariness rules* servem para prevenir a Coroa de utilizar as declarações, não confiáveis, feitas pelo acusado.⁵²⁶ Cabe lembrar que no sistema anglo-saxão a confiabilidade de uma declaração, feita fora do âmbito do tribunal, é fundada na sua voluntariedade.

Segundo o mesmo autor, a Suprema Corte do Canadá determinou no caso *R. v. Oikle*, que a confissão não será admissível se feitas sobre circunstâncias que conduzem a uma razoável dúvida sobre sua voluntariedade. Com efeito, neste caso a Suprema Corte do Canadá estabeleceu regras sobre as *voluntariness rules*. Assim, determinou que tais regras sejam aplicadas à declarações tanto para inculpar quanto exculpar, bem como, sendo apresentadas para estabelecer a verdade de seu conteúdo ou simplesmente para em *cross-examine* mostrar a inconsistência das declarações anteriores com as proferidas no tribunal;⁵²⁷ todas essas questões estão vinculadas a voluntariedade das declarações sob pena de exclusão da evidência. As declarações voluntárias devem ser realizadas diante de uma “pessoa em autoridade” a exemplo um policial, tal fato visa assegurar a confiabilidade da confissão, bem como deter as táticas impróprias dos agentes do estado. Assim, a Suprema Corte do Canadá invalidou a declaração obtida no caso *Rothman v. R* onde o acusado Rothman, em sua cela, fez declarações a um policial disfarçado, todavia o acusado não sabia que se tratava de uma “pessoa em autoridade”⁵²⁸ Outras regras estabelecidas pela Suprema Corte determinam que a Coroa deve

⁵²⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 254-255

⁵²⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 255

⁵²⁷ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 257

⁵²⁸ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thomson. 2005. p 321

estabelecer a prova de que a alegação foi proferida de forma livre e voluntária⁵²⁹ e deve provar também que o acusado não foi forçado a confessar o crime, pois a declaração será excluída se houver suspeitas de que o acusado forneceu a declaração sobre pressão⁵³⁰, tampouco será admitida se o acusado realizou uma declaração em razão de promessa de receber alguma vantagem⁵³¹

No Canadá a partir do caso *Ibrahim v. R* surge algumas regras, que mais tarde foram chamadas de regras de Ibrahim (*Ibrahim rules*) a exemplo: a regra que determina que qualquer confissão obtida por violência será considerada involuntária; outro aspecto determina que sugestões como: “vai ser melhor se confessar”, podem ou não resultar em uma decisão sobre a involuntariedade da declaração, a tal determinação é fundada na idéia de que dependendo do contexto, certas palavras podem ser um disfarce para se conseguir a confissão.⁵³²

Segundo PACIOCCO outra regulamentação estabelecida pela Suprema Corte do Canadá derivada do caso *R. v. Oikle*, refere-se à exclusão da confissão sendo considerada involuntária quando resultante de uma atmosfera de opressão criada pelas autoridades, ainda que os induzimentos não sejam impróprios.⁵³³

No caso *Ward v R.* a Suprema Corte do Canadá decidiu que para que uma declaração seja admitida está deve ser um produto do que chamam de uma “operação mental”, onde por exemplo, será inadmissível uma declaração feita por alguém que sofreu um choque após um acidente, da mesma forma que não se admite declaração feita em razão de hipnose, ou seja, a declaração será excluída quando derivar de desordem mental.⁵³⁴ De acordo com o autor PACIOCCO também será considerada involuntária e assim inadmissível a confissão obtida por algum artifício ou trapaça da polícia.⁵³⁵

Observa-se que a lógica sobre a qual se desenvolve a garantia jurídica no direito anglo-saxão em matéria de confissão, não incide sobre a veracidade do conteúdo da declaração do acusado, em sede policial, mas sim, sobre a voluntariedade da

⁵²⁹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 258

⁵³⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 259

⁵³¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 260

⁵³² PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 261

⁵³³ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 262

⁵³⁴ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 263

⁵³⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 264

confissão, pois se há coação a confissão não foi verdadeira e somente terá credibilidade a partir a efetivação dos direitos das pessoas acusadas.

Diferentemente do direito anglo-saxão, no processo penal brasileiro não há distinção de nomenclatura entre a admissão da culpabilidade pelo acusado realizada de forma extrajudicial, da admissão da culpabilidade realizada em juízo, pois ambas as hipóteses são englobadas pela categoria da confissão.

O autor TOURINHO FILHO conceitua confissão como: “*É o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade*”.⁵³⁶ De acordo com o mesmo autor, quando o indivíduo realiza uma confissão, a *prima facie*, pode-se pensar que não há necessidade de se recorrer a outros elementos de prova, todavia, segue o autor, “... *a confissão, a despeito de sua importância, não é prova tão absoluta que molde a dispensar outras investigações*”⁵³⁷.

Neste mesmo sentido, estabelece o Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

O autor NUCCI estabelece a natureza jurídica da confissão: “trata-se de um meio de prova, isto é, um dos instrumentos disponíveis para que o juiz atinja a verdade dos fatos. Seu objeto são os fatos, inadmitindo-se questões relativas ao direito e às regras de experiência.”⁵³⁸

NUCCI, em sua classificação das provas em espécie,s reconhece a existência da confissão judicial e extrajudicial, assim afirma:

“Se produzida diante da autoridade judicial

⁵³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p 299.

⁵³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3. vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p 299-300.

⁵³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 426.

*competente para julgar o caso, trata-se da confissão judicial própria. Se for produzida perante qualquer outra autoridade judicial, incompetente para o deslinde do processo criminal, trata-se de confissão judicial imprópria. No mais, quando a admissão de culpa é formulada diante de autoridades policiais, parlamentares ou administrativas, competentes para ouvir o depoente em declarações, trata-se da confissão extrajudicial.”.*⁵³⁹

Enquanto que a preocupação principal percebida nos textos e na jurisprudência do direito Anglo-saxão gira em torno da preocupação da violação dos direitos individuais do acusado, no que se refere à confissão, no sentido de assegurar sua inadmissibilidade caso esta não for realizada de forma voluntária, o direito brasileiro dirige sua preocupação a identificação da veracidade do conteúdo da declaração do acusado no momento da confissão. Assim, o autor NUCCI determina que:

*“A melhor e mais útil maneira de avaliar o valor da confissão é conhecer o fundamento que levou o réu a empreendê-la. Sendo antinatural, porque a natureza humana não é dada ao reconhecimento de erros e falhas é preciso desvendar os motivos que dão sustentáculos a admissão da culpa. Alguns fundamentos provocam a manifesta ilegalidade da confissão, que não poderá ter qualquer valor judicial. Outros, no entanto, servem para confirmá-la dando-lhe a segurança de veracidade”.*⁵⁴⁰

A seguir o autor segue em uma lista de 21 (vinte e uma) hipóteses que, segundo o autor, são os fundamentos para se determinar a razão e o valor da confissão, que são: remorso, arrependimento, alívio interior, necessidade de se explicar, interesse, lógica,

⁵³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 426.

⁵⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 427.

orgulho ou vaidade, esperança ou medo, expiação ou masoquismo, altruísmo, forte poder de sugestão de terceiros, erro, loucura ou outro desequilíbrio, coação psicológica, tortura psicológica, coação física, tortura física, insensibilidade, instinto de proteção ou afeto a terceiro, ódio à terceiro, questões religiosas. Com efeito, afirma que o autor que: *“Portanto, conhecidas as razões que levam o sujeito, indiciado ou réu a confessar, pode o magistrado, corretamente avaliar se a admissão de culpa é verdadeira ou falsa.”*⁵⁴¹ Observa-se, ao contrário do direito anglo-saxão, que firma a validade pela voluntariedade, o direito brasileiro firma a validade da confissão também pela espontaneidade, assim, no dizer de TOURINHO FILHO *“É preciso que o juiz saiba, percebe e sinta tratar-se de uma revelação espontânea e livre”*⁵⁴² Todavia, a prova da espontaneidade ou voluntariedade da confissão extrajudicial no direito anglo-saxão é atribuída à acusação dentro dos padrões de prova que lhe são exigidos, e ao acusado cabe provar alguma violação dentro de um padrão inferior, o que torna como já afirmado por PACIOCCO uma prova de difícil validade no sistema anglo-saxão.

No direito brasileiro, cabe ao magistrado através de sua sensibilidade determinar não somente a voluntariedade da confissão, mas também, a veracidade de seu conteúdo, visto que mesmo voluntária pode o juiz brasileiro não admiti-la, pois orientando pelo princípio da verdade real o processo penal brasileiro não admite a hipótese da falsa acusação.

No direito anglo-saxão, uma vez válida a confissão tem-se como estabelecida a culpabilidade, ao passo que o direito brasileiro determina que mesmo o acusado confessando espontaneamente deve *“...o juiz confrontar a confissão com as demais provas, pesquisando possível compatibilidade ou concordância, para não incidir em erro de aceitar como verdadeira a auto-acusação falsa.”*⁵⁴³ Para tanto deve o juiz indagar os motivos da confissão, neste sentido determina o Código de Processo Penal.

Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras

⁵⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 430.

⁵⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 Vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p 303.

⁵⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3 vol. 31 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p 301.

peças concorreram para a infração, e quais sejam.

(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Com efeito, a questão que envolve a confissão no direito brasileiro relaciona-se com determinação do processo penal no atendimento ao interesse público, buscando a verdade real e culpabilização das pessoas, tal fato retira das partes a determinação da verdade, devendo somente o magistrado revelá-la. Por outro lado, a lógica da confissão no sistema anglo-saxão firma-se na produção da verdade fundada na estrutura da *accountability*, ou seja, na responsabilização dos indivíduos,⁵⁴⁴ buscando atender não um interesse público fundado a partir de um coletivo, mas a partir dos próprios cidadãos envolvidos.

⁵⁴⁴ KANT DE LIMA, Roberto. Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa? Uma Discussão Sobre Alguns Reflexos Da Ambigüidade De Nossos Modelos de Controle Social e Produção da Verdade na Administração da Burocracia Oficial Brasileira. In Ensaio de Antropologia e de Direito. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008. p 261-289.

CAPITULO VIII

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA E DA EVIDÊNCIA.

A questão que envolve a admissibilidade e a exclusão das provas no direito brasileiro tem sofrido conturbada discussão. A tradição jurídica brasileira mantém a busca de verdade real como objetivo do processo judicial, fato que produz um conflito quando equacionado conjuntamente com a possibilidade de exclusão da provas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

8.1 A evidência no direito algo - saxão.

Segundo PACIOCCO a categoria *evidence* é representada como um dado utilizado para averiguação de um fato. Com efeito, evidência de um fato é a informação que tende a prová-lo e o papel das regras de evidência é o de regular quais dados poderão ser admitidos.⁵⁴⁵

Para o autor, a evidência somente será admitida quando for propriamente considerada pelo tribunal como um fato e, por conseguinte, a evidência será excluída quando não puder ser considerada pelo tribunal como um fato.⁵⁴⁶ Tal argumento é significativo para compreensão da exclusão de provas em um processo que não admite a verdade real como escopo fim.

No mesmo sentido, para o direito estadunidense, segundo GARDNER a evidência é freqüentemente definida com o sentido do estabelecimento e prova da verdade ou inverdade por algum fato que foi alegado. Evidência pode consistir em depoimento de testemunhas, objetos físicos, documentos, gravações, impressões digitais, fotografias, etc..⁵⁴⁷

Quando a qualidade ou quantidade de evidência apresentada é de tal modo convincente e suficiente para mostrar a existência de um fato, o resultado é a existência

⁵⁴⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 01.

⁵⁴⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 02.

⁵⁴⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 51.

da prova de um fato. Prova é por essa razão o resultado da evidência apresentada⁵⁴⁸

Com efeito, a relação evidência, fato e prova estão, no direito anglo-saxão, intrinsecamente ligados. Assim, somente um dado considerado como um fato poderá integrar o processo judicial, sendo, portanto considerado verdadeiro para o caso. Sendo a evidência submetida às regras de exclusão e sendo admitida, por consequência será considerada como um fato. Por esta razão não há no direito anglo-saxão a categoria existente no direito brasileiro chamada “Verdade dos Fatos.”

8.2 Evidência direta e evidência circunstancial no direito anglo-saxão norte americano.

De acordo com GARDNER a evidência pode ser direta ou circunstancial (indireta). Evidência direta é a evidência que prova uma questão de fato diretamente sem qualquer raciocínio ou interferência existente esboçada sobre parte do fato apontado.⁵⁴⁹ Depoimento de testemunhas que viram o acusado cometendo o crime, ou uma confissão pelo acusado que ele cometeu o crime podem ser exemplos direito de evidências.⁵⁵⁰

Para o autor do direito canadense WATT a evidência circunstancial pode ser qualquer ítem de evidência, seja testemunhal ou real. Quando a evidência é circunstancial é difícil distinguir entre inferência e especulação. Inferência é a dedução de um fato que pode ser logicamente razoável e é esboçado por um outro fato ou grupos de fatos encontrados ou estabelecidos em procedimentos.⁵⁵¹

Assim, afirma o autor que não pode haver inferência sem fatos objetivos através do qual a parte busca estabelecer seu argumento. Se não houver fatos positivamente provados pelos quais a inferência pode ser esboçada, não há inferência, mas somente especulação e conjectura.⁵⁵²

⁵⁴⁸ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 51.

⁵⁴⁹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 51.

⁵⁵⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 52.

⁵⁵¹ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 42

⁵⁵² WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 42

De acordo com WATT são três os tipos de argumentos que podem sustentar a relevância de uma evidência circunstancial: Prospectivo, concomitante e retrospectivo, que seriam:

O uso **Prospectivo** da evidência circunstancial, no direito do Canadá, envolve o argumento de que o que se passou é justificável pelo “estado da mente” (intenção) ou o “estado de coisas” (materialidade). Estes no presente podem determinar que o fato aconteceu no passado.

O uso **Concomitante** da evidência circunstancial envolve o argumento de que as evidências circunstâncias existem contemporaneamente com a evidência material, o que tornaria os fatos alegados pelas partes mais ou menos prováveis.

O uso **Retrospectivo** da evidência circunstancial envolve o raciocínio de que um fato correu subsequente ao outro e as justificativas relativas ao “estado da mente” ou o “estado de coisas” concluem que o fato ocorreu juntamente com a circunstância material.⁵⁵³

Para Watt a evidência de oportunidade é uma forma de exemplificar o concomitante uso da evidência. A evidência de motivo é uma evidência relevante para a questão da participação e cumplicidade. Considera-se, segundo o autor, de significativo considerável valor probativo quando a evidência disponível demonstra que somente determinada pessoa tinha a exclusiva oportunidade de cometer o crime. Para o autor, a evidência de exclusiva oportunidade pode ser suficiente para provar a identidade, assim, à participação de alguém como principal.

Trata-se, portanto, de uma questão de fato a ser decidida pelo júri. Todavia, no caso *R. v. Ferianz [1962]* a jurisprudência canadense afirma que a evidência de oportunidade sozinha não é suficiente para uma condenação.⁵⁵⁴

De acordo com WATT a evidência de que alguém tem recursos, capacidade, habilidade e especialização para fazer algo, são relevantes para incrementar a verossimilhança de que foi alguém quem fez algo. Igual raciocínio serve para determinar que a falta de recursos, capacidade, habilidade e especialização para fazer

⁵⁵³ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 42

⁵⁵⁴ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 47-48

algo podem ser relevantes para diminuir a verossimilhança de que foi alguém que fez algo.⁵⁵⁵

Para o autor WATT em direito criminal motivo significa intenção anterior. É a razão ou propósito que subjaz por traz do ato realizado. Evidência de que alguém tinha motivo para cometer um crime é uma acusação relevante para provar a identidade desse alguém como o autor e o estado da mente (intenção) com a qual foi feita. Contrariamente, a evidência de que alguém não tem motivo para cometer o crime acusado é relevante para mostrar que é inverossímil que alguém foi o autor.

Para o direito anglo-saxão a evidência que tende a demonstrar a presença ou ausência de motivos é considerada relevante para provar um fato. Destaca o autor que ausência de prova de motivo é diferente de ausência de motivo. (*R. v. White [1996]*). Todavia, para o autor, a evidência de motivo não tem o valor necessário para provar a prática de um crime. O motivo, no entanto é uma evidência relevante em combinação com outras evidências, podendo alcançar o padrão de prova necessário para estabelecer a culpa.⁵⁵⁶

De acordo com os autores evidência de motivo é de particular importância nas hipóteses de evidências circunstanciais, especialmente se a acusação busca delinear a identidade e intenção (caso *R. v. Lewis [1979]*)⁵⁵⁷

Para WATT, palavras e condutas do indivíduo podem sustentar uma evidência circunstancial sobre a cumplicidade de um crime. Evidência de que o indivíduo fugiu da cena do crime, destruiu ou tentou destruir evidência que tende a conectar ele ou ela com o caso, ou concebendo um falso alibi, são exemplos de evidência após o crime cometido.⁵⁵⁸

Para o autor a evidência após a conduta criminoso não deve ser considerada isolada. Ela deve ser considerada com todas as outras evidências para decidir se alguém é culpado até que se prove além de uma dúvida razoável. Nesse respeito, afirma o autor isso não difere dos outros itens das evidências circunstanciais.

559

⁵⁵⁵ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 49

⁵⁵⁶ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 50-51

⁵⁵⁷ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 51

⁵⁵⁸ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 55

⁵⁵⁹ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 56

De acordo o autor GARDNER, evidência circunstancial é a evidência que indiretamente prova um fato em questão. O fato a ser elucidado (*factfinder*) deve esboçar uma inferência (conclusão) ou razões para a evidência circunstancial. Um bom exemplo de evidência circunstancial, trazido pelo autor, poder ser obtido a partir dos fatos que autorizaram a polícia de Dallas a perseguir para prender Lee Harvey Oswald, após ter supostamente matado o presidente John Kennedy, onde se depreender as seguintes justificativas: ⁵⁶⁰

Oswald trabalhou no *Texas Book Depository*, e foi visto no edifício no dia do assassinato, e teve acesso aos andares superiores.

Foi sabido que o carro do presidente deveria estar passando pelo edifício *Book Depository*, então Oswald teve a oportunidade para planejar o crime.

Oswald foi qualificado como atirador de precisão enquanto esteve no corpo de fuzileiros navais.

No dia foi visto carregando um pacote em direção ao edifício no dia do assassinato.

Oswald foi visto fugindo do edifício e também por outro lado e se comportando de maneira suspeita.

Oswald matou em Dallas um oficial da polícia que tentou mantê-lo em custódia. Esta ocorrência se deu com arma de fogo.

Oswald tinha um motivo político para matar o presidente e foi classificado como um extremista político que deixou os EUA e passou sua nacionalidade à União Soviética. Um homem do FBI em Dallas deu sua participação dizendo: “Nós sabíamos que ele era capaz de assassinar o presidente, mas nós não acreditamos que ele faria isso”.

Após o disparo, um rifle Italian – Manlicker-Carcano 6.5 milímetros com três cápsulas foi encontrado no sexto andar do edifício depósito (mais tarde foi dito que foram encontradas impressões digitais de Oswald no cano do rifle.) ⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 52.

⁵⁶¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 52.

Segundo GARDNER pelo fato de que ninguém viu verdadeiramente alguém disparar o rifle, a evidência contra Oswald até o momento que ele matou o oficial da polícia de Dallas, foi inteiramente circunstancial.

A Suprema Corte dos EUA determinou em *Holland v. United States* e no caso *United States v. Roustio*, que o júri deve determinar se a evidência circunstancial alcançou o padrão de prova exigido para uma condenação, ou seja, se a acusação alcançou o padrão de para além de uma dúvida razoável.⁵⁶²

Segundo GARDNER os investigadores oficiais do Estado frequentemente usam de determinados procedimentos para as investigações dos crimes. Nestes procedimentos os oficiais inferem as questões que se seguem.⁵⁶³

- 1- Quem teve recursos para cometer o crime?
- 2- Quem teve a oportunidade de cometer o crime?
- 3- Quem tinha motivo para cometer o crime?⁵⁶⁴

Para o autor a evidência que uma pessoa teve uma ou todas as acima descritas poderia ter praticado o crime. Assim, estaria caracterizada uma evidência circunstancial. Para o autor as fortes evidências circunstanciais justificaram a polícia de Dallas a deter Oswald após o assassinato do presidente Kennedy. O fato de Oswald ter escapado e mais tarde ter matado o oficial da polícia de Dallas, reforçou as evidências circunstanciais contra Oswald.⁵⁶⁵

Para GARDNER, o Estado deve mostrar que um crime foi verdadeiramente cometido antes de poder acusar uma pessoa. Para o autor, se um Estado é incapaz de produzir uma evidência direta ou circunstancial provando o corpo de delito, ele não pode então acusar uma pessoa pelo cometimento da ofensa.⁵⁶⁶

⁵⁶² GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 53.

⁵⁶³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 53.

⁵⁶⁴ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 53.

⁵⁶⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 53.

De acordo com o autor PACIOCCO o sistema processual do Canadá é baseado na tradição oral. Assim, a maior parte das evidências é introduzida através das testemunhas, o que significa que as evidências são recebidas de segunda mão e os fatos do processo devem depender da capacidade e a sinceridade da testemunha. Por outro lado, a evidência real é recebida de primeira mão e os fatos do processo dependem das suas próprias conclusões. Uma forma de evidência real envolve objetos que são declarados pelas partes antes do julgamento, para esse tipo de evidência é que existe a expressão “evidência real”. Por exemplo: em um assassinato, ao júri é apresentada a arma do crime, as roupas de vítima, o sangue na luva próximo ao corpo, e numerosas fotografias da cena. O segundo tipo de evidência real é frequentemente chamada de “evidência demonstrativa” que envolve o uso de artifício visual para ilustrar ou explicar. Essa evidência é para auxiliar uma testemunha em seu depoimento. No caso de assassinato um mapa pode ser usado para auxiliar o juiz ou o júri a entender de que localização a testemunha está se referindo.⁵⁶⁷

Para o direito anglo-americano a evidência real, como qualquer outra evidência deve ser relevante e admissível. A relevância se dá em relação à autenticidade do objeto em relação ao fato, ou seja, por exemplo: em um homicídio sendo introduzida uma luva suja de sangue que conecta o acusado ao assassinato, somente será relevante se a esta luva necessariamente foi retirada da cena do crime, para tanto a acusação deverá chamar para testemunhar o oficial de polícia que apreendeu o objeto e manteve sob custódia.⁵⁶⁸

Outra questão levantada pela doutrina, envolve a exclusão de determinada evidência real, pelo juiz, em razão do prejuízo que pode causar em relação ao seu valor probatório. Assim, em um assassinato o juiz pode retirar do processo as fotos da autópsia da vítima se o aspecto imprimiu horror e não possuem significativo valor probatório, tendo em vista não serem a causa da morte.⁵⁶⁹

Segundo o autor PACIOCCO, a corte pode chegar à evidência. O juiz o júri e o advogado, através de observações sobre a cena do crime, podem contestar ou aceitar a

⁵⁶⁶ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 54-55.

⁵⁶⁷ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 365.

⁵⁶⁸ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 366.

⁵⁶⁹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 366.

evidência. Um exemplo, elencado pela doutrina refere-se ao caso *Chambers v Murphy* o qual se tratava de um acidente na interseção de uma auto-estrada. O acusado testemunhou alegando que sua visão foi obstruída e que por tal razão produziu a colisão, não havendo evidência em contrário. O juiz observando o caso rejeitou o argumento da defesa, afirmando que o acusado tinha visibilidade. Em apelação a Corte decidiu anular essa decisão alegando que era contra garantista. Tal questão não é unânime na jurisprudência do Canadá, como no caso *Meyers v. Manitoba* onde a corte de apelação de Manitoba afirmou que as observações não são evidências.⁵⁷⁰

Ainda no que se refere às evidências reais, para o direito anglo-saxão do Canadá, a admissibilidade da fotografia e ou vídeo tapes depende de:

- 1) De sua precisão e verdadeira representação dos fatos.
- 2) Ser justo e não ter nenhuma intenção de fraude.
- 3) Sua verificação sobre juramento da pessoa que foi capaz de fazê-lo.

No direito anglo-saxão do Canadá, certos vídeos tapes foram rejeitados pelas cortes canadenses, como por exemplo, o caso *R v. Maloney*, o caso se deu em razão de uma briga no gelo em um jogo de hóquei entre *Detroit Red Wings* e *Toronto Maple Leaf*, onde o acusado repetidamente bateu com a cabeça do jogador de Toronto no gelo. Maloney foi acusado pela promotoria de lesões corporais graves, e para sustentar a sua tese solicitou o vídeo tape do jogo que mostrava a cena em câmera lenta. O juiz do processo recusou aceitar a evidência e a Corte de Apelação concordou, pois tal vídeo não reproduzia os fatos na velocidade em que ele ocorreu.

A Corte assim determinou a regra de que para que o vídeo tape seja admissível como evidência, o mesmo não pode ser alterado. Assim, a acusação falhou em estabelecer a precisão da representação dos fatos. Ressalta o autor que, no direito anglo-americano, as fotografias e vídeo tape são peças poderosas no processo, mas podem também ser excluídas quando forem utilizadas para inflamar a mente dos jurados contra o acusado.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 367

⁵⁷¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 369.

Os documentos são admitidos, no direito anglo-americano canadense, como evidências reais. Não há no Canadá um sistema cartorário como no Brasil, assim o significado da expressão autenticidade ou autenticação se reveste de outra representação. Enquanto que no sistema brasileiro a autenticidade ou autenticação de um documento pode ser determinada por um órgão público oficial, que possui fé pública, no direito anglo-saxão autêntico é o documento que é em regra geral considerado verdadeiro ou genuíno a ser determinado pelo próprio indivíduo com quem, de alguma forma, o documento se relaciona.

Esta confirmação se dá por várias formas, como por exemplo: convocando para depor a pessoa que escreveu o documento ou a pessoa que viu o documento ser assinado, ou uma testemunha que tem familiaridade com a letra de alguém ou chamando um *expert* para determinar a identificação da letra. A regra geral de evidência do direito anglo-saxão do Canadá determina que os documentos do processo sejam originais.

A chamada *The best evidence rule* determina que a preferência deva ser dada à obtenção dos documentos originais, cópias de documentos e testemunhos para confirmação de sua existência não são suficientes para comprovação.⁵⁷² Cópias de documentos não são admitidas, exceto quando a lei permite em alguns casos, quando, por exemplo, os originais foram destruídos ou em posse de outrem, de forma que não podem ser obtidos.⁵⁷³

Segundo o autor WATT os documentos públicos são aqueles feitos com o propósito de uso público. Segundo o autor, os documentos públicos são geralmente confiáveis. Com efeito, afirma o autor que há várias condições para que um documento público seja admitido no processo como prova:

- 1- Deve haver uma inquirição judicial ou semi-judicial sobre o documento;
- 2- O objeto da inquirição do documento seja feito de forma pública.
- 3- O documento deve estar aberto à inspeção pública.

⁵⁷² PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 372-373.

⁵⁷³ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 86.

4- As declarações contidas no documento devem ser relatadas para justificar a necessidade da inquirição.⁵⁷⁴

Assim, no direito anglo-saxão a validade conferida a um documento público é estabelecida não através de uma presunção de verdade, mas através do exame realizado pelas partes de forma pública, sobre o documento. Todavia, de acordo com o autor os documentos públicos são geralmente admitidos como prova da veracidade de seu conteúdo.⁵⁷⁵

O direito brasileiro não delimita, como no direito anglo-saxão, a diferenciação entre evidência e prova. A categoria prova é utilizada em todos os momentos, seja na fase pré - processual ou mesmo na fase judicial. Assim, o sistema brasileiro elabora a classificação das provas em diretas e indiretas. Com efeito, afirma POLASTRI LIMA:

“A melhor classificação das provas, considerado o dever ser das mesmas, é a de Malatesta, que se atém a natureza e produção e, assim, baseia-se em três critérios, considerados os conteúdos ou objetos, ou do sujeito que emana e a forma com que se apresenta a prova”⁵⁷⁶

Assim, de acordo com CAPEZ o direito brasileiro elabora sua classificação das provas considerando como prova:

*“a) **direta**: quando, por si, demonstra um fato, ou seja, refere-se diretamente ao fato probando; b) **indireta**: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados*

⁵⁷⁴ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 88.

⁵⁷⁵ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 88.

⁵⁷⁶ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2003, p 25

*com o primeiro, como por exemplo no caso de um **álibi***⁵⁷⁷

Segue o mesmo autor, afirmando que em razão de seu efeito ou valor, a prova poder ser:

“a) Plena: trata-se de prova convincente ou necessária para formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para condenação; quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do indubio pro reo;

b) **não plena, ou indiciária: trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade**, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do in dubio pro societate. Exemplo: prova para o decreto de prisão preventiva. Na legislação, aparece como 'indícios veementes', 'fundadas razões' etc.. (grifo nosso)

Relativamente ao sujeito ou causa, pode ser:

a) *real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex: o lugar, o cadáver, a arma etc.);*

b) *pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consiste em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais)*

Quanto à forma ou aparência, a prova é:

⁵⁷⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008, p 314.

a) *testemunhal: resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinente ao litígio;*

b) *documental: produzida por meio de documentos;*

c) *material: obtida por meio químico, físico ou biológico (ex.: exames , vistorias, corpo de delito etc...)⁵⁷⁸*

A questão da prova indiciária reveste-se de importância para análise no presente texto, tendo em vista que tal instituto não encontra equivalência no direito anglo-saxão. Assim, a categoria indício tem várias representações no direito brasileiro, como no dizer de GRECO FILHO:

“Observe-se, porém que o Código Penal às vezes utiliza o termo 'indícios' como sinônimo de elemento de prova, direta ou indireta, e lhe dá um qualificativo, para significar maior ou menor grau de convicção. Assim, o Código, para determinar efeitos processuais, exige ora indícios, ora indícios suficientes, ora indícios veementes e ora prova, com isso querendo significar que, no primeiro caso, bastam alguns elementos de prova; no segundo são exigidos elementos razoáveis para aquele estágio processual; no terceiro deve existir convicção consistente; e no último deve haver certeza sobre determinado fato.”⁵⁷⁹

Como no dizer do autor supra citado, a categoria indício pode ser relacionada as provas indiretas. Com efeito, o artigo 239 DO cpp explicita essa conceituação:

⁵⁷⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008, p 315.

⁵⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. 7.a. Ed São Paulo. 2009.,p 198.

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Todavia, os indícios de autoria e materialidade exigidos no inquérito que servem para posterior propositura da ação penal pelo Ministério Público, se afastam da idéia de indício como uma prova circunstancial e se aproximam da idéia de indício como uma suspeita. Assim, por ser formado basicamente por indícios é que cidadão suspeito nesta fase é denominado de indiciado.

Destaca-se aqui, a afirmação do autor MIRABETE:

“Recebendo os autos do inquérito policial ou as peças de informação a respeito de crime que se apura mediante ação pública e verificando a existência de prova da materialidade de fato que caracteriza crime em tese e indícios de autoria, o Ministério Público, em decorrência do princípio da obrigatoriedade, deve oferecer a denúncia.”⁵⁸⁰ (grifo nosso)

O valor desse indício colhido em fase de inquérito policial se dá sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, visto que a doutrina privilegia a verdade real em detrimento das garantias individuais. Com efeito, afirma RANGEL:

“O indiciado é objeto de investigação, porém isso não significa dizer, como comumente se diz, que não tem direitos previstos na Constituição. É sim sujeito de direitos, porém não é acusado. Não tem que se defender de nada.”⁵⁸¹

⁵⁸⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997. p 92.

⁵⁸¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008, p 72.

A recente reforma no Código de Processo Penal brasileiro, que foi instituída pela lei 11. 690/08 determina que o magistrado não possa fundamentar a decisão judicial exclusivamente no inquérito policial, salvo quando não for possível a sua reprodução na fase judicial.

Assim, determinada o texto normativo:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#)

Quanto às provas não repetíveis, afirma POLASTRI LIMA:

Provas irrepitíveis (ou não repetíveis), são aquelas que normalmente não são reproduzidas em juízo, e, via de regra, mantém o seu valor probatório, apesar de colhidos na fase de investigação, como no caso das provas técnicas.⁵⁸²

Ocorre que as provas produzidas em inquérito, sem contraditório e ampla defesa, não repetíveis e antecipadas, ainda fazem parte do fundamento da decisão judicial, o que representa uma limitação na garantia de defesa do acusado.

No direito anglo-saxão as provas periciais realizadas na fase de investigação e seu sistema de valoração, difere muito do sistema brasileiro, sendo sua confiabilidade testada pelas partes em *cross examination*, como veremos mais adiante quando analisarmos o exame de testemunhas.

⁵⁸² POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris,2003, p 29

8.3 Regras que regulam a exclusão das provas em matéria criminal.

Segundo os autores do sistema dos EUA as regras de evidência (*Rules of evidence*) são regras derivadas do sistema inglês de justiça e sua determinação está instituída nas emendas à constituição dos E.U.A e na Carta de Direitos do Canadá. Para GARDNER as regras de evidência são importantes em uma democracia para salvaguardar os direitos das pessoas acusadas de crimes e também para assegurar o interesse público na administração criminal da justiça.⁵⁸³ Segundo o autor, a Corte americana determina que a lei não exige que um acusado receba um perfeito processo, mas somente um processo justo. Com efeito, determina o autor, o processo justo, no sistema estadunidense é determinado pela aplicação extensa das regras de evidência.⁵⁸⁴

De acordo com GARDNER, os cidadãos americanos estão protegidos pela Constituição dos EUA e também sob a Constituição dos estados confederados, em que eles residem. Inobstante a existência de uma regra federal em matéria de evidência, (*federal rules of evidence*), cada estado tem a autoridade para criar suas próprias regras de evidências, uma vez que estas estejam em conformidade com o estabelecido na Constituição dos EUA.⁵⁸⁵ Já no direito canadense em razão da unificação em matéria criminal, a união regula a admissibilidade da evidência através do *Canada evidence act* que se traduz em um corpo de normas aplicadas de forma igual em todo o território do Canadá.

No direito anglo-americano além das regras gerais de exclusão de provas, há para o direito penal a exclusão das provas pela Carta de Direitos, ou seja, por infringência a norma constitucional. Com efeito, não há que se confundir no direito anglo-saxão as regras de evidência com as regras que vedam a obtenção das provas obtidas por meios ilícitos, pois estas últimas são próprias do direito penal em violações Constitucionais.

De acordo com o autor PACIOCCO as regras de evidência não somente

⁵⁸³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 03

⁵⁸⁴ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 05

⁵⁸⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 28.

controlam a admissibilidade, existindo diversas regras que definem o modelo pelo qual a informação pode ser apresentada. Regras sobre “*compellability*” definem quem pode fazer um testemunho. Existem regras que também controlam o modo pelo quais as questões podem ser perguntadas, regras sobre as evidências físicas, ou evidências reais e como podem ser apresentadas na corte para inspeção.

De acordo com o referido autor a credibilidade da evidência é determinada no julgamento do fato aplicando o senso comum e a experiência humana.

De acordo com o autor WATT, em geral as *exclusionary rules* buscam a exclusão da prova logo no momento de sua elaboração. As razões que justificam sua exclusão são as mais diversas, podendo ser realizada em nome da eficiência do julgamento, ou para evitar o indevido ou injusto prejuízo para as partes, ou visam proteger o interesse público. Segundo DEL BUENO o interesse público no sistema anglo-saxão do Canadá é a associado ao interesse social.

Assim, afirmam os autores, que, por exemplo, durante a ação policial, se há violência no intuito de se obter a confissão, o interesse social espera que a confissão seja excluída como evidência.⁵⁸⁶ Com efeito, as regras de exclusão são entendidas como a salvaguarda dos direitos das pessoas acusadas.

A evidência também pode ser excluída na relação custo benefício que pode advir na determinação da verdade, e da correta disposição do litígio.⁵⁸⁷

Segundo o autor WATT quando há uma objeção quanto à admissibilidade da evidência é o juiz do processo quem vai determinar a questão. Nos processos pelo júri as questões de admissibilidade são geralmente determinadas pelo juiz do tribunal do júri, mas sem a presença dos jurados. Em termos práticos o processo busca assegurar que qualquer evidência que os jurados ouçam ou vejam, a qual irá decidir, seja admissível, e nada mais. Onde há condições precedentes para que a evidência seja admitida será o juiz que irá decidir se elas foram cumpridas. Se uma prova dada pela testemunha é apresentada e a outra parte apresenta uma outra contraprova também será o juiz, ou júri do processo quem determinará a sobre a credibilidade da testemunha.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ DEL BUONO. Vincent M. *Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials*. Toronto. Butter Worth. 1981, p.01)

⁵⁸⁷ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 29

⁵⁸⁸ WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006, p 35

Para o autor WATT a *Common law* reconhece que o juiz do processo tem uma *discretion* para excluir ou admitir a evidência em certas circunstâncias. O que é exigido, em essência, é uma análise sobre o efeito da recepção da evidência para um processo justo, a exemplo, evidência apresentada por alguém a qual atende os requisitos de relevância e materialidade, pode ser excluída na aplicação do custo benefício analisando os fundamentos que:

- 1- O valor probativo é mais importante que o prejudicial efeito.
- 2- Que envolve uma enorme quantidade de tempo que é desproporcional ao seu valor, ou
- 3- Ou é enganosa, em que os efeitos são desproporcionais.

De acordo com a doutrina canadense no sistema da *common law* o juiz que preside um processo sempre pode, com seu poder discricionário, excluir os elementos de prova.⁵⁸⁹ A regra geral determina que se a evidência é ilegal ou injustamente obtida, ela deve ser excluída; tal determinação encontra-se disposta de forma expressa na seção número 24 (2) da Carta de Direitos e liberdades do Canadá.⁵⁹⁰

Segundo o autor PACIOCCO, nos antecedentes da *Common law*, o debate sobre a correta conduta policial não era considerada uma questão relacionada à persecução criminal, mas sim, a culpa do acusado. Todavia, com a proclamação da Carta toda essa perspectiva mudou. Assim, as cortes têm a obrigação, nos termos da seção 24(2) da Carta, de excluir a evidência obtida de forma contrária aos termos da constituição.⁵⁹¹

Quando a defesa busca a exclusão de determinada evidência que se apresenta contrária à Constituição, deve para esse fim satisfazer a corte dentro do padrão de prova

⁵⁸⁹ BÉLIVEAU, Pierre. MARTIN, Vaclair. *Traité Général de Prueve et de Procédure Pénales*. 10 ed. Editions Thémis, Montreal (Quebec) 2003. pg 221.

⁵⁹⁰ 24. (1) *Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.* (2) *Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.* Capturado em <http://laws.justice.gc.ca/en/> em 08/06/09.

⁵⁹¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 273.

equilíbrio de probabilidades, demonstrado os itens dispostos na seção 24(2) da Carta de Direitos. Estando essas pré-condições satisfeitas, a evidência pode ser excluída. Quando não estão presentes, não pode a evidência ser excluída pelo caminho da violação a Carta.⁵⁹²

Como já afirmado, ao contrário do direito brasileiro, o direito anglo-saxão não admite a busca da verdade real. As regras de evidência, quando atuam na fase preliminar servem para determinar o que será considerado prova no processo, fato importante pois não será discutido no julgamento a existência ou não de provas, mas o grau de credibilidade das provas apresentadas.

No direito brasileiro processual penal, os elementos levantados na fase de investigação estatal, no inquérito policial, são considerados indícios. Tais elementos, como testemunhas e objetos materiais, são para o sistema brasileiro auxiliares do Estado na busca da verdade real.

Com efeito, os indícios obtidos no inquérito policial, são repetidos na fase judicial, com contraditório, mantendo a mesma lógica, ou seja, uma investigação estatal na busca de elementos auxiliares para se alcançar a verdade real. Consequentemente, tanto o inquérito policial quanto a fase do processo judicial mantém a idêntica lógica de auxiliares do juiz na busca da verdade real, ou seja, sua natureza não se altera como no direito anglo-saxão, onde a evidência passa a ser considerada prova e sua credibilidade é testada pelas partes envolvidas. Com efeito, os indícios do inquérito policial brasileiro continuam tendo a mesma essência do processo judicial, portanto o processo judicial brasileiro trata-se de um inquérito judicial formado por indícios e não com provas.⁵⁹³

A natureza pública do processo brasileiro que busca a verdade real como o ideário de justiça⁵⁹⁴ se mostra incompatível com o conjunto de regras de exclusão de provas. Com efeito, verifica-se nos textos jurídicos brasileiros a concomitante existência de dispositivos normativos antagônicos, que são a verdade real e a exclusão de provas. Todavia, tal antinomia passa despercebida como um problema para o direito brasileiro, sendo somente vista como uma exceção a regra, sem a explicitação de uma justificativa

⁵⁹² PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 275-276.

⁵⁹³ Em pesquisa empírica realizada por Luiz Figueira, demonstrou, por meio de entrevistas com operadores do direito, que não há uma distinção entre indício e prova para os atores do direito brasileiro, Ver em FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris editor. 2008, p 23-66.

⁵⁹⁴ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2003, p 03

razoável.

A doutrina afirma a existência de um princípio denominado Liberdade da Prova, tal instituto seria um consectário da verdade real, assim, afirma TOURINHO FILHO:

“Vigorando no processo penal o princípio da verdade real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa aplicação da lei. A atitude do juiz no cível, doutrina Dellepiane, é, em certo modo, passiva, e a prova reveste então o caráter de uma conformação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdade feitas, de um acontecimento que se lhe apresente construído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades.

Apesar disso, dos Códigos de Processo Penal, em sua maioria estabelecem restrições quanto à prova. Não vigora, como se poderia pensar, o absoluto princípio da liberdade da prova ”⁵⁹⁵ (grifo nosso)

Assim, o autor perpassa pelo antagonismo sem explicitá-lo, e assim naturalizando-o.

Reafirma-se que no direito criminal anglo-saxão dos EUA e do Canadá, em razão da acusação ser parte e possuir unicamente o ônus da prova, as regras de evidência conseqüentemente são principalmente voltadas para o Estado na produção da prova, portanto tais regras são entendidas como garantia das pessoas acusadas.

O direito brasileiro possui algumas regras que determinam a eliminação da prova, todavia não são compreendidas pela doutrina como um conjunto de regras de exclusão que representam garantias direcionadas as pessoas acusadas.

⁵⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal* – 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pg 219-220.

No processo penal brasileiro há regras que determinam o impedimento de certas provas, como por exemplo, a exigência de laudo pericial quando a infração deixar vestígios, prevista no artigo 158; A proibição de depor das pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, prevista no artigo 207; Não será deferido o compromisso a que alude aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem ao ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, nos termos do artigo 208; bem como, questões referentes ao estados das pessoas só podem ser admitidas na forma da lei civil, nos termos do artigo 155 parágrafo único. Todos esses dispositivos são do Código de Processo Penal.⁵⁹⁶

Além destas regras dispostas haverá eliminação das provas, no direito processual penal brasileiro, que não forem relevantes e pertinentes, bem como não será admissível à prova que versar sobre fatos nos passíveis de provas, tais como as presunções, fato notório e as obtidas por meios ilícitos.⁵⁹⁷

Ocorre, pois que tais restrições a prova se mostram frágeis frente a preponderância do princípio da verdade real, vez que tais provas continuam a fazer parte do processo judicial. Assim, a exemplo da oitiva de testemunhas, afirma o autor PACELLI;

“As partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstância ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé (214). A prova das apontadas circunstancia ou defeito deve ser feita imediatamente. Todavia, o juiz, ainda que reconheça a pertinência da contradita, não deixará de tomar o seu depoimento, exigindo-lhe inclusive, o compromisso da promessa de dizer a verdade, consoante se vê no art. 214, ultima parte, salvo se se tratar das pessoas mencionadas no art 207 (proibidas de depor) e art 208 (doentes mentais, menores de 14, parentes mencionadas

⁵⁹⁶ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris,2003, p 40

⁵⁹⁷ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris,2003, p 38

no art. 206).”⁵⁹⁸ (grifo nosso)

Com efeito, mesmo sendo permitida a contradita, momento pelo qual os advogados podem atacar a fidedignidade da testemunha, os seus depoimentos serão colhidos e integrarão ao processo.

8.4 A lógica da proibição das provas ilícitas.

A idéia da vedação da obtenção as provas obtidas por meios ilícitos surge na tradição da *Common Law* anglo-americana no caso *Weeks v United States* em 1914.⁵⁹⁹

De acordo com GARDNER no antigo *Common Law* a evidência obtida de forma imprópria ou ilegal, podia ser usada em um Tribunal criminal contra o acusado, por exemplo: Podia um oficial de polícia invadir a casa de um suspeito para obter uma evidência com a finalidade de prendê-lo, ou incriminar o suspeito. A evidência obtida na invasão poderia então ser usada em um tribunal criminal.⁶⁰⁰

Afirma o autor que o acusado somente tinha como recuso a realização de um processo civil contra o oficial policial, ou ainda poderia chamar o promotor para fazer uma acusação criminal.⁶⁰¹

GARDNER assevera que foi no esforço de desencorajar a conduta policial imprópria ou ilegal que as regras de exclusão foram criadas pela Suprema Corte do EUA. Caso a evidência tenha sido obtida, pelo oficial do Estado, de maneira a violar os direitos constitucionais dos suspeitos, a regra determina a exclusão e a vedação de seu uso nos tribunais.⁶⁰²

Para o autor GARDNER, a *american exclusionary rules* foi primeiramente usada nos Estados Unidos nas Corte Federais em 1914. Todavia, somente se tornou obrigatório em outros estados a partir de 1961.⁶⁰³

No mesmo sentido o autor canadense PACIOCCO afirma que anteriormente o

⁵⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p 347

⁵⁹⁹ GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. Fact on file, 1973, p 128.

⁶⁰⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 213.

⁶⁰¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 213.

⁶⁰² GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 213.

debate a sobre se a conduta policial foi ou não apropriada, não era considerado uma questão relacionada à persecução criminal, mas sim à culpa do acusado. Todavia, com a proclamação da Carta de Direitos toda essa perspectiva se alterou. Assim, as cortes canadenses têm o dever, nos termos da seção 24(2) da Carta, de excluir a evidência obtida de forma contrária aos termos da Constituição.⁶⁰⁴

Com efeito, de acordo com GARDNER tais regras, de acordo com a Suprema Corte dos EUA, foram baseadas nas seguintes justificativas:⁶⁰⁵

- Que a exclusão da evidência obtida de forma inadequada ou por métodos ilegais desencorajará e dissuadirão os futuros métodos de investigações policiais e procedimentos impróprios ou ilegais.⁶⁰⁶
- Que não existe outras práticas alternativas para o “policimento da policia” e desencorajando a conduta inadequada e ilegal da policia.⁶⁰⁷

Segundo PACIOCCO, caso ocorra a violação aos direitos constitucionais de qualquer acusado, a exclusão da evidência pode ser feita para “remediar” a violação, restaurando para a parte a situação anterior à violação, em que a evidência foi obtida de forma ilegal. Da mesma forma o autor afirma que a finalidade é deter a conduta policial imprópria, ou para preservar a integridade da corte, que não deve aceitar os frutos de atividades ilegais, bem como firmar os valores relativos às regras de direito. De acordo com o autor, de fato o uso das técnicas de impróprias de investigação podem ser mais ofensivos do que se a polícia obtivesse a evidência sem violação a Carta.⁶⁰⁸

As garantias constitucionais asseguradas Às pessoas acusadas no direito estadunidense encontram-se nas IV, V, VI e VIII emendas a Constituição, que correspondem à garantia contra buscas e apreensões irrazoáveis, o direito ao *due process of law*, ao processo rápido e justo, direito à fiança não exagerada e o direito à

⁶⁰³ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 213.

⁶⁰⁴ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 273.

⁶⁰⁵ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 214.

⁶⁰⁶ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 214.

⁶⁰⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 214.

⁶⁰⁸ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 276-277.

não aplicação de penas cruéis.⁶⁰⁹

Segundo o autor HALL, é o direito à privacidade que garante a proteção contra buscas e apreensões sem justificativas a pessoas, propriedades, documentos, assegurando contra o uso irrazoável de equipamentos eletrônicos para interceptar as conversas privadas e chamadas de telefones, e assegurando contra a existência de constrangimento dos cidadãos para fornecer evidências contra os mesmos.⁶¹⁰

Afirma o autor, que a partir do direito à privacidade decorrem outros direitos similares, como: o direito que determina que a polícia e os agentes do governo não podem exigir que qualquer pessoa forneça evidência contra si mesmos, bem como o uso da coação física ou psicológica para obtenção de confissão.⁶¹¹

Continua HALL afirmando que o cidadão possui também direito de, quando detido ser informado do direito de permanecer calado, e qualquer coisa que disser poderá ser usado contra ele na corte; que o cidadão tem direito a presença de um advogado e se não dispor de recursos de pagar um o Estado lhe indicará um advogado antes que seja submetido a questionamentos, se assim desejar, bem como de estar na presença de seu advogado todo o tempo.⁶¹²

Segue o mesmo autor, asseverando que, uma vez detido, o cidadão tem o direito, sem demora, de comparecer à presença de um magistrado, e o direito de lhe ser concedida a fiança; o direito de não ser acusado sem uma causa provável; o direito a um julgamento justo, público e rápido; o direito ao julgamento pelo júri; ser informado da natureza da acusação e que para condená-lo a acusação deve provar sua culpa além de uma dúvida razoável, o direito de testemunhar caso queira; o direito a correção por erros judiciários; após uma condenação, tem o direito de se comunicar com advogados e parentes; o direito de não ser julgada duas vezes pelo mesmo crime; o direito à exclusão da prova obtida de forma ilegal.⁶¹³

⁶⁰⁹ CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual*. Trad Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.p. 255

⁶¹⁰ HALL, Livingston. *The Rights of the Accused in Criminal Cases*. In Talks on American Law. Editado por Harold J. Berman. Voice of America Forum Lectures.1973, p 63-79.

⁶¹¹ HALL, Livingston. *The Rights of the Accused in Criminal Cases*. In Talks on American Law. Editado por Harold J. Berman. Voice of America Forum Lectures.1973, p 63-79.

⁶¹² HALL, Livingston. *The Rights of the Accused in Criminal Cases*. In Talks on American Law. Editado por Harold J. Berman. Voice of America Forum Lectures.1973, p 63-79.

⁶¹³ HALL, Livingston. *The Rights of the Accused in Criminal Cases*. In Talks on American Law. Editado por Harold J. Berman. Voice of America Forum Lectures.1973, p 63-79.

A Carta do Canadá assegura também de forma expressa os direitos conferidos as pessoas acusadas, estes são chamados na Carta de *Legal Rights*. Esses direitos estão entre as secções 7 até a 14, e dispostos sobre os títulos: Vida, liberdade e a segurança pessoal; Busca ou apreensão; Detenção ou prisão; matéria penal e processual penal; desumanos ou degradantes; intérprete.

Os referidos direitos constitucionais são respectivamente compreendidos como garantias das pessoas acusadas, assim determinam que toda pessoa tenha o direito de ser informada das razões que justificam sua prisão ou detenção, bem como de ser informada, sem demora, do seu direito de possuir um advogado. O cidadão tem o direito de através *Habeas Corpus* ser libertado de uma detenção ilegal.

Continua a Carta Magna do Canadá assegurando que qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de ser informada sem demora sobre a incriminação que está sendo acusada; o direito de ser julgado num prazo razoável; a não ser obrigado a fazer-se testemunhar no processo contra si mesmo; tem o direito de ser presumido inocente até prova em contrário nos termos da lei, em uma audiência justa e pública, por um tribunal independente e imparcial. O direito de não lhe ser negado fiança razoável, sem justa causa; o direito de não ser considerado culpado por conta de qualquer ação ou omissão, a menos que, no momento da ação ou omissão, o fato constitua uma infração nos termos do direito internacional, ou do Canadá, ou um crime, de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade de nações. Se finalmente absolvido do delito, tem o cidadão o direito a não ser julgado pelo mesmo delito novamente, e sendo considerado culpados do crime e a punição tenha sido alterada entre o momento da comissão e do tempo de condenação, terá o benefício da menor punição. Toda pessoa tem o direito de não ser submetido a qualquer tratamento cruel e degradante.

Ainda pertencem às garantias constitucionais o direito de ser testemunha e prestar depoimento em qualquer processo, de não ter quaisquer provas incriminatórias utilizadas para incriminá-la em qualquer outro processo, salvo em uma acusação de falso testemunho, ou para a prestação de provas contraditórias. Por fim, por se considerar como um país multicultural, o Canadá assegura à parte ou a testemunha o direito a assistência de um intérprete, em qualquer processo que não compreenda ou não

fale a língua em que é conduzido, ou por motivo de surdez.

Com efeito, a obtenção de evidências em violação a estes direitos constituídos na Carta é passível de exclusão em razão da sua obtenção de forma ilícita.

Equivalente vedação encontra-se firmado como um direito fundamental no texto jurídico constitucional do Brasil, o artigo 5.º da Carta de Direito brasileira dispõe no inciso LVI, que: “São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.”, e em uma dimensão infraconstitucional, onde dispõe no art. 157 do Código de Processo Penal, que” São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

Todavia, a verdade real no direito brasileiro relaciona-se diretamente com o interesse público a ser atendido pelo processo.

Afirma POLASTRI LIMA.

Como já visto, o processo penal é de natureza pública, e, assim, o meio probatório deve ser ilimitado, só comportando exceções em relação ao estado das pessoas (art 155 do Processo Penal.) e em relação às provas ilícitas ou imorais.⁶¹⁴ (o citado dispositivo encontra-se no parágrafo único, em razão da reforma de 2008).

As regras de exclusão do direito anglo-saxão determinam o que será considerado prova. Tal raciocínio não afeta sua lógica estruturante que admite uma verdade construída e aceita pelas partes. Todavia, em razão da presunção de inocência no processo criminal o Estado é quem, mormente, se submete às regras de exclusão de provas.

No sistema dos EUA e do Canadá, as regras de evidência abarcam aspectos do procedimento civil e criminal.⁶¹⁵ Todavia, o Processo Civil e o Processo Penal são orientados por lógicas distintas, portanto não se aplicam nos procedimentos cíveis a

⁶¹⁴ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen júris,2003, p 35

⁶¹⁵ *Application – This Part applies to all criminal proceedings and to all civil proceedings and other matters whatever respecting which Parliament has jurisdiction. Canada Evidence Act*. Capturado em <http://laws.justice.gc.ca/en/> em 08/06/09.

exclusão da evidência pela sua obtenção contrária a Constituição, da mesma forma a vedação à auto-incriminação somente se aplica aos casos criminais, bem como o uso da confissão involuntária poder ser admitida nos casos cíveis, sendo vedada nos casos criminais.⁶¹⁶ Não há no Procedimento civil anglo-americano o instituto da presunção de inocência. Ressalta-se, que isso não significa que haja a presunção de culpa nos procedimentos civis anglo-americanos, o que vigora é a plena igualdade entre as partes, submetendo ambas ao mesmo padrão de prova, no Canadá *balance of probabilities*, ou *preponderance of the evidence* nos EUA, por tal razão não existe a presunção de inocência de uma parte em relação à outra.

No direito anglo-saxão a distinção entre os padrões de prova na esfera cível da esfera penal, impõe ao magistrado lógicas distintas que orientam a decisão. Enquanto na esfera penal o esforço da acusação é maior, pois sua prova deve ser elevada a um padrão superior de certeza, na esfera cível o padrão impõe apenas a análise da preponderância da hipótese mais provável.

No direito brasileiro não há distinção entre as lógicas que envolvem a determinação da verdade, pois ambas são orientadas pela verdade real.

Assim, descreve o consagrado processualista da esfera cível, THEODORO JR.

“Não quer dizer que o juiz possa ser arbitrário, pois a finalidade do processo é a justa composição do litígio e está só pode ser alcançada quando se baseie na verdade real ou material, e não na presumida por prévios padrões de avaliação dos elementos probatórios.”⁶¹⁷

Mais explicitamente o autor SCARPINELLA BUENO aborda a problemática.

*“A **qualidade** da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao 'modelo constitucional do direito processual civil', não pode tolerar qualquer outro*

⁶¹⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. Toronto. 2002, p 09

⁶¹⁷ THEODORO JÚNIOR.; Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.- Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento* 1 V. Rio de Janeiro: Forence, 2007. pg.33.

*comprometimento do magistrado que não o da busca da 'verdade real', isto é, a 'verdade', que no seu íntimo corresponda àquilo que verdadeiramente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a **necessidade** da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional.*"⁶¹⁸

No mesmo sentido, Regina Lúcia Teixeira Mendes, em pesquisa empírica, demonstrou a inexistência, nas práticas do judiciário do Rio de Janeiro, de distinção entre as lógicas de produção da verdade no Processo Civil e no Processo Penal, comprovando que a verdade real é o paradigma utilizado em ambos os campos do direito.⁶¹⁹ Por tal razão, compreende-se a ausência de estranhamento, no discurso jurídico brasileiro, da introdução das mesmas garantias constitucionais para o procedimento civil e criminal, que no direito anglo-saxão são seccionadas em razão da natureza distinta entre estes ramos.

A exemplo, afirma os autores DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA.

*“Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no **processo penal**, pecam por dois motivos: primeiro por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito é fundamental, a não ser o direito à liberdade, poder ser mais relevante que o direito fundamental à vedação a prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais”*⁶²⁰

⁶¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinalla. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. 2007, p 236.

⁶¹⁹ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Dilemas da Decisão Judicial: As Representações de Juízes brasileiro sobre o Princípio do livre convencimento motivado*. Tese de doutorado defendida na Universidade Gama Filho. 2008.

⁶²⁰ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed. Salvador. Editora Podivm. 2008, p. 34

No Brasil a doutrina majoritária divide a questão em provas ilícitas e provas ilegítimas. Assim, afirma ADA PELEGRINI: “Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição foi de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”.⁶²¹ O clássico exemplo, fornecido pela doutrina, para a violação a norma de natureza material, considerada ilícita, seria a confissão mediante tortura.

A exemplificação pela doutrina brasileira para violação a norma processual, considerada ilegítima, seria a oitiva de testemunha proibida de depor.⁶²² Assim, afirma RANGEL seriam “provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB) e provas ilegítimas, v.g., as obtidas com violação ao disposto no art. 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do art. 243, todos do CPP.”⁶²³

A qualquer tempo no processo anglo-americano, até mesmo em sede recursal, poder haver a exclusão da prova obtida ilicitamente por infringir a norma constitucional, assim, o ritual do sistema dos EUA e do Canadá disponibiliza ao acusado o direito a uma audiência preliminar, com a finalidade de, segundo NEUBAUER, proteger os acusados contra perseguições irrazoáveis,⁶²⁴ onde as evidências apresentadas pela acusação serão submetidas as regras de evidência, antes da instauração formal do processo, com a finalidade de avaliar se a acusação possui ou não um caso. Na hipótese das provas serem consideradas inadmissíveis, a acusação não poderá seguir adiante, e o processo não será instaurado por ausência de provas.⁶²⁵

No sistema brasileiro o processo se instaura com as provas levantadas em inquérito, ou peças de informação. Assim, a exclusão é realizada por um juiz, posteriormente à instauração do processo.

Como pré-mencionado, em recente reforma, ocorrida em razão da Lei 11.690, a exclusão da prova, que antes ocupava somente o texto constitucional, passa a ser

⁶²¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *As Nulidades do Processo Penal*, São Paulo, RT, 1998, p 113.

⁶²² POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. Vol. II, Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2008, p 79.

⁶²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008, p 431.

⁶²⁴ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Broooks/ Cole Publishing Company, 1988, p.

⁶²⁵ DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Learning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005. p. 707

regulamentando pelo Código de Processo Penal, onde o art. 157 do CPP passa a dispor que são “... inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

De acordo com GARDNER, no direito estadunidense, o caso *Mapp v. Ohio* foi significativa para determinar outro ponto importante da questão da exclusão da prova, a regra de exclusão que proíbe o uso da evidência que é indiretamente obtida de forma imprópria ou ilegal pela conduta policial.⁶²⁶ A Suprema Corte dos EUA determinou que não é somente o uso da evidência obtida pela conduta imprópria que será considerada proibida, mas também o uso da evidência indiretamente obtida, pela conduta imprópria. A regra que proíbe o uso da evidência derivada é conhecida como a doutrina do fruto da árvore venenosa. (*the fruits of the poisonous tree*)⁶²⁷

Segundo o autor, a regra da evidência ilegal derivada, determina que a informação obtida de forma ilegal não pode servir de base para outras investigações, que se desdobram em outras evidências. A nova evidência derivada está contaminada, pois representa o fruto da árvore venenosa. De acordo com GARDNER esta frase foi pela primeira vez usada pelo juiz Frankfurter em 1939 no caso *Nardone v. United States*

628

De acordo com a Suprema Corte do EUA, a doutrina dos frutos da árvore venenosa é aplicada se evidência ilegalmente obtida serve de base para descobrir:⁶²⁹

- Outra evidência, que de outro meio não poderia ser encontrada.
- Que de outra forma determinada testemunha não poderia ser encontrada.

⁶²⁶ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

⁶²⁷ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

⁶²⁸ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

⁶²⁹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

- Uma confissão que não poderia ter sido feita se o suspeito não tivesse sido confrontado (*confronted*) com a evidência ilegal. (ilegalmente obtida) ⁶³⁰

De acordo com GARDNER, quando, nos casos criminais, o advogado de defesa faz uma monção para suprimir a evidência derivada, o Tribunal deve determinar se a evidência que o Estado procura obter foi direta ou indiretamente um resultado de conduta policial imprópria ou ilegal. A corte irá determinar se a evidência foi maculada, e em que extensão, pela ilegalidade das evidências apreendidas. ⁶³¹.

Existem três exceções, para a doutrina do fruto da árvore venenosa, reconhecida pela Suprema Corte Americana.

1. Quando a conexão entre a conduta imprópria ou ilegal da polícia e a descoberta da evidência de acusação “tornou-se tão atenuada o suficiente para dissipar a mácula” *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266 (1939)
2. As regras de exclusão e a doutrina dos frutos da árvore venenosa não devem ter aplicação quando o governo conhece “da evidência de fonte independente”
3. Quando o normal curso da investigação policial terá inevitavelmente que ter conduzir a descoberta da evidência em questão (*inevitable discovery*)

O sistema jurídico brasileiro trouxe do direito anglo-saxão a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, em seu texto constitucional ⁶³² No entanto, restou um impasse para a doutrina e a jurisprudência quanto à admissibilidade das provas ilícitas por derivação.

⁶³⁰ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

⁶³¹ GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

⁶³² Art. 5

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A doutrina jurídica brasileira buscou recepcionar o preceito do direito americano *the fruits of the poisonous tree*. Assim, afirma RANGEL, “*A Suprema Corte norte-americana, para enfrentar essa situação, cunhou a teoria dos **frutos da árvore envenenada** (fruits of the poisonous tree), entendendo que os vícios da planta transmitem-se aos seus frutos.*”⁶³³ (grifo nosso)

Com efeito, ao traduzir a expressão em inglês *poisonous tree* como árvore envenenada, e não como árvore venenosa, a doutrina jurídica brasileira, em razão da ausência de previsão legal expressa sobre as provas derivadas, passou longo tempo a discutir a possibilidade de contaminação ou não dos chamados frutos, ou seja, das provas derivadas das ilícitas.

Assim, Rangel, em sua obra datada de 2008, se pronuncia a respeito.

*“Aqui nos penitenciamos. Em edições anteriores (até a 13ª edição) éramos favoráveis ao aproveitamento de tal prova, ou seja, a prova obtida com infringência à lei não contaminava aquela que fosse obtida de forma devida e lícita”*⁶³⁴

Tal fato foi somente consensualizado na doutrina a partir da lei 11.690/08 que reforma o artigo 157 do CPP, já citado, mencionado de forma explícita essa inadmissibilidade.

Verifica-se que a legislação brasileira, no artigo 157 § 1º CPP buscou na jurisprudência estadunidense o mesmo fundamento para admitir a exceção a regra das provas ilícitas por derivação.

Assim, determina a redação do texto legal:

Art. 157.

...

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o

⁶³³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008, p 432.

⁶³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008, p 434.

nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Outro aspecto relevante de debate no direito brasileiro gira em torno à admissibilidade da prova obtida de forma ilícita pelo réu. Assim, afirmam os autores brasileiros que os conceitos de Proporcionalidade, que se desenvolveu na Alemanha, e de Razoabilidade, no EUA, seriam as bases para admissibilidade da prova ilícita obtida pelo réu para uso de sua defesa, como por exemplo, uma interceptação telefônica realizada pelo acusado, sem a devida autorização judicial.⁶³⁵

Outros autores como RANGEL, reconhecendo a problemática, buscam solução na exclusão da ilicitude da conduta do réu, pois estaria acobertado pela causa de justificação do Estado de Necessidade.

Outros autores são citados por POLASTRI LIMA, como defensores do raciocínio contrário, ou seja, da possibilidade da admissibilidade prova ilícita a favor do Estado (*pro societate*). Seriam, defensores dessa vertente a exemplo, segundo o autor, o autor Fernando Sacarance e José Carlos Barbosa Moreira.

Tal questão que tanto aflige o direito brasileiro, jamais se poria no direito anglo-americano, onde surgiram as referidas limitações da prova, por duas razões básicas: em primeiro lugar o ônus da prova somente recai ao Estado, ou seja, o Estado é quem está submetido a essa vedação da prova por meio ilícito. Em segundo lugar a norma constitucional representa, nestes ordenamentos, direitos individuais, ou seja, direitos do cidadão contra o Estado. Com efeito, a admissibilidade da hipótese da prova ilícita *pro societate* seria uma anomalia neste sistema, pois inviabilizaria a concretização do preceito fundamental, atribuindo direitos fundamentais ao Estado.

Cabe reafirmar que o discurso da Suprema Corte dos EUA e o direito no Canadá para a criação e o incremento da norma que veda as provas ilícitas, figura no mesmo sentido, ou seja, de limitar a ação da polícia na busca de provas. Apesar do direito brasileiro incorporar categorias similares, não se encontra semelhante discurso

⁶³⁵ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen júris. 2003, p 44

justificador na doutrina brasileira.

A ausência da mesma representação às categorias importadas do direito anglo-saxão, abre espaço, no direito brasileiro, aos discursos que buscam limitar a ampla aplicação destas garantias.

CAPITULO XIX *CROSS-EXAMINATION* E A PERGUNTA DIRETA A TESTEMUNHA.

A importância do presente tópico da-se-á em razão do sistema criminal brasileiro, inspirado na tradição anglo-americana, adotar a partir da lei 11.690/08 a inserção no Código de Processo Penal, em seu artigo 212,⁶³⁶ a pergunta direta feita pelas partes através de seus representantes, mitigando assim a inquirição de testemunhas feitas pelo juiz e extinguindo a repergunta, ou seja, ato pelo qual as perguntas eram feitas pelos representantes das partes ao juiz que depois as repetia as testemunhas.

O direito brasileiro utiliza a categoria *Inquirição e interrogatório* para determinar os questionamentos à testemunha e também ao acusado. Tais categorias tem fundamento no processo inquisitorial no qual sua lógica buscava levar a confirmação de uma verdade já sabida pelo magistrado, obtida de forma secreta, que no atual sistema brasileiro equivale ao de inquérito policial, no qual os elementos de prova já foram previamente produzidos. Por isso, o depoimento do réu e da testemunha eram sempre envoltos em desconfiança e magistrado através de astúcia e malícia deveria descobrir a verdade real.

Assim, leciona o manual dos inquisidores no capítulo 23 onde determina: “Os dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges”:

“Quando o inquisidor enfrentar um herege esperto, audacioso, malicioso, que se esquivava das

⁶³⁶ Art 212 *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*

perguntas e desconversa, deve agir da mesma maneira e usar de malícia, a fim de forçar o herege a revelar os erros, convertendo-os em verdade, para que o inquisidor possa dizer como o Apóstolo: ' Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude' (2 Cor 12,16) “⁶³⁷

Como já afirmado, a busca pela verdade real é o princípio norteador das provas no processo penal brasileiro. Com efeito, a prova testemunhal também não escapa a esta regra. A doutrina brasileira manteve a mesma lógica de suspeitas do depoimento das testemunhas. No entanto, atualiza tal pressuposto alegando que ciência demonstrou que as percepções podem ser alteradas por várias circunstâncias e por essa razão, afirma TOURINHO “ *Donde se conclui que a prova testemunhal, como qualquer outro meio de prova, é de valor falível e precário*”⁶³⁸

A partir da afirmação do autor, constata-se que a verdade real induz uma desconfiança no valor das provas. Tal fato abre espaço a julgamentos opinativos, sem lastro probatório fático.

No direito anglo-saxão a expressão utilizada para o questionamento de testemunhas é *examination*, que significa exame. Sua lógica gira em torno da ideia buscar constituir a prova e submetê-la a um teste.

Tanto nos EUA como no Canadá o juiz exerce o papel de árbitro entre partes que trazem suas evidências para uma disputa, não possuindo, portanto, poderes instrutórios para alcançar a verdade. Não está o magistrado anglo-americano em busca da verdade real. Seu papel cinge em decidir a questão que as partes apresentam a partir das evidências que conseguem trazer ao processo e estabelecer um vencido e um vencedor. Por essa razão, o não é papel do magistrado a formulação de questões para a testemunha, a não ser para dirimir algo que por ventura ficou obscuro no próprio depoimento da testemunha, mas não como forma de descobrir algo além do que foi dito.

⁶³⁷DOMINICANO, Frei Nicolau Eymerich. *Manual dos Inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Ed UNB. P. 123.

⁶³⁸ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31 ed vol 3. São Paulo: Saraiva. 2009, p 316

Na *Common law* anglo- americana são considerados como testemunhas o acusado, o perito e também a vítima. Todavia, diferentemente dos demais, o acusado pode se recusar a depor, em razão do seu direito de permanecer em silêncio.

Com efeito, no direito anglo-saxão há a presunção de inocência, fato que obriga a acusação trazer as evidências, enquanto à defesa é facultado apresentação de evidências. Todavia, tanto a acusação quanto a defesa podem chamar testemunhas.

Quando uma das partes chama a testemunha para depor, ela será primeiramente examinada por quem a convocou; tal procedimento chama-se nos EUA de *direct examination*⁶³⁹ e no Canadá *examination in chief*⁶⁴⁰. Todavia, quando uma parte faz o exame da testemunha trazida pela parte adversária, tanto no EUA como no Canadá a denominação usada é *cross examination*.

No *examination in chief* a regra geral determina que não é permitido o sugestionamento de testemunha, ou seja, não pode a parte efetuar perguntas que induzam respostas para a testemunha que trouxe para julgamento.⁶⁴¹ Todavia, o direito anglo-saxão reconhece que quando uma testemunha é chamada pela parte, esta pode apresentar simpatia ou ser favorável à demanda de quem a convocou. Por não considerar a testemunha como um indivíduo imparcial é que se permite à parte adversária, quando na hipótese de *cross examination*, sugestionar ou conduzir a testemunha da outra parte.⁶⁴² Assim, segundo PACIOCCO, os advogados estão bem preparados a dirigir e controlar a testemunha adversária.⁶⁴³

O direito anglo-americano insere o *cross examination* como um direito das pessoas acusadas, que nos EUA figura na IV emenda a Constituição.⁶⁴⁴ Todavia, tanto para o direito estadunidense, quanto o canadense, o acusado que se dispõe a dar o seu depoimento, é considerado testemunha, portanto deve lembrar que também será examinado pela parte adversa.

⁶³⁹ THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig Craig. *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press., p 55

⁶⁴⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 325

⁶⁴¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 326

⁶⁴² PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 340

⁶⁴³ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 340

⁶⁴⁴ NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988, p 23

Segundo o autor PACIOCCO, a oportunidade do *cross-examination* é absolutamente vital para o processo adversário, tendo, para o direito anglo-saxão, dois objetivos básicos.

1. Obter um depoimento favorável da testemunha.
2. Descredibilizar o depoimento de uma testemunha.⁶⁴⁵

Tendo em vista que o direito anglo-saxão lida com a verdade construída a partir de padrões de certeza, que nos casos criminais é o mais alto exigido pelo direito anglo-saxão, o desafio à credibilidade da testemunha tem um papel fundamental para estabelecer os referidos graus de certeza.

No direito anglo-americano o advogado tem a possibilidade de explorar qualquer matéria relacionada a questões de fato para por à prova situações que afetam a credibilidade da testemunha, buscando desconstituir o padrão de certeza pretendido pela acusação e vice versa. Afirmo PACIOCCO, que toda pessoa que se dispõe a sentar no banco das testemunhas põe sua credibilidade em questão, deixando as partes livres para “criticar” a credibilidade.⁶⁴⁶

No direito anglo-americano⁶⁴⁷ o *cross-examination* busca descredibilizar a testemunha e para tanto apresenta alguns objetivos como:

- (1) Demonstrar preconceito, interesse ou corrupção;
- (2) Atacar as características da testemunha, levantando condenações anteriores, condutas anteriores ruins, baixa reputação.
- (3) Contraditando a testemunha através de suas declarações anteriores ou de declarações inconsistentes.
- (4) Desafiar a capacidade de observação e memória da testemunha, e sua capacidade de se comunicar de forma precisa.

⁶⁴⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 340

⁶⁴⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 340

⁶⁴⁷ Enumeração refere-se ao Direito do Canadá, todavia listagem semelhante faz o direito dos EUA. Ver em THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig. *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press., p 160

- (5) Colocar a evidência em contradição com a testemunha.
- (6) Demonstrar que a evidencia da testemunha está contrária a experiencia comum.⁶⁴⁸

Todavia, a liberdade de testar a credibilidade da testemunha não é ilimitada. Segundo o autor PACIOCCO o juiz do processo tem a faculdade para restringir o *cross-examination* se as questões forem irrelevantes, prolixas ou ofensivas. Assim, o papel do juiz será o de fiscalizar os questionamentos, agindo portanto a partir da provocação da outra parte por meio de contestação às questões, que podem ser deferidas ou inadmitidas pelo magistrado. Com efeito, afirma o autor que mesmo buscando desqualificar a testemunha o advogado ou acusação não tem o direito de perguntar questões irrelevantes.⁶⁴⁹

Outra limitação do *cross-examination* ocorre quando o acusado decide prestar depoimento. Nesse momento o acusado, como qualquer testemunha, coloca sua credibilidade em jogo.

Para PACIOCCO é normal que a testemunha seja questionada sobre suas condutas e associações consideradas impróprias, não relacionadas à questão do processo, mas sobre o acusado não pode haver esses questionamentos, pois o mesmo tem a proteção de, no *cross-examination* não ser permitido realizar questões referentes às características ruins do acusado. Um bom exemplo trazido pelo autor, encontra-se no caso *R. v. C*, no qual o indivíduo foi acusado de agressão sexual a uma jovem. Durante o julgamento em *cross-examination* realizado pela Coroa foi sugerido que o acusado era praticante de satanismo e que fazia parte desta religião a prática de abusos de crianças. O acusado negou veementemente o envolvimento em satanismo. A corte de apelação do Ontário determinou que o *cross-examination* foi não somente impróprio, mas também inadequado e determinou um novo julgamento.⁶⁵⁰

No direito anglo-americano o ônus de produção de provas recai somente sobre a acusação, ou seja, a promotoria é quem por excelência leva as provas para o tribunal; portanto, o *cross-examination* sobre o acusado se torna relevante para a Coroa provar a falsidade das evidências da defesa, podendo refletir sobre o acusado, dando publicidade

⁶⁴⁸ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 341

⁶⁴⁹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 343

⁶⁵⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 344

a sua falta de credibilidade. A exemplo, no caso *R v. Cameron* o réu foi acusado de assassinato. O acusado era um traficante de drogas e a pessoa falecida era um cliente consumidor de drogas. O conflito entre ambos envolvia a disputa de drogas. Neste caso a má reputação do acusado e de seu estilo de vida foi parte necessária do contexto. O acusado assumiu a posição de testemunha e o júri foi instruído que o estilo de vida do acusado poderia ser considerado como comportamento sobre o qual incide a credibilidade do acusado enquanto testemunha.⁶⁵¹

No direito anglo-americano há a chamada regra dos fatos colaterais (*Collateral facts rule*) que tem por finalidade prevenir que questões colaterais às questões principais, sejam trazidas para contradizer as respostas da testemunha oponente, quando fornecidas perante um juiz ou em *cross examination*,⁶⁵² buscando desqualificar o seu depoimento.

O exemplo é trazido pelo autor na seguinte hipótese: um sujeito é acusado de roubo a um banco. A testemunha ocular identificou o acusado como sendo o ladrão. A defesa tem a evidência de que a testemunha estava bebendo o dia inteiro em um bar local, e por não ter mais dinheiro foi ao banco. O garçom que atendeu a testemunha ocular se lembra bem dela pois afirma que a mesma retornou ao bar e falou, para todos que lá estavam, sobre o roubo. Durante o *cross examination* da defesa foi perguntado se a testemunha ocular havia bebido. Caso a testemunha admita que bebeu muito o impedimento está completo e a defesa não precisaria chamar o garçom para testemunhar. Mas a questão é: se a testemunha negasse que bebeu muito poderia a defesa chamar o garçom para contraditar a evidência?⁶⁵³ A regra dos fatos colaterais (*Collateral facts rule*) proíbe a convocação de evidências com a finalidade de contraditar as respostas dadas pelas testemunhas do oponente sobre fatos colaterais.⁶⁵⁴

De acordo com o autor PACIOCCO, essa regra é importante para limitar a convocação de provas pelas partes. A evidência que é produzida para provar contradição nos depoimentos tem valor, pois busca demonstrar que a testemunha não está falando a verdade ou há falta de precisão sobre os fatos em questão. No entanto,

⁶⁵¹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 345

⁶⁵² PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 348

⁶⁵³ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 348

⁶⁵⁴ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 349

segundo os autores a regra não é baseada na falta de relevância ou valor probativo, mas sim em questão de política judicial, que busca a eficiência do processo.⁶⁵⁵

De acordo com o autor, a permissão da prova colateral pode confundir os fatos processuais atraindo a atenção para questões laterais, tomando um tempo indevido, podendo ter surpresas injustas para uma testemunha que não está preparada para responder a uma evidência colateral. Com efeito, a regra determina que se a apresentação da evidência busca somente contradizer a testemunha oponente, esta será inadmissível, mas se outro modo puder auxiliar aos fatos do processo, então a mesma será admissível. Este auxílio inclui fatos relevantes para materialidade da questão e fatos sobre a credibilidade ou não da testemunha. O autor retorna ao exemplo supra citado para explicar que: no caso da testemunha ocular do roubo, a evidência de ter bebido vai impedir a habilidade da testemunha de ter uma percepção precisa do incidente ocorrido. Sobre esse teste a evidência tem relevância para provar que a testemunha mentiu ou cometeu um erro após ter bebido.⁶⁵⁶

As exceções à regra dos fatos colaterais geralmente giram em torno do debate sobre a admissibilidade na hipótese de se verificar que a testemunha agiu com preconceito, de forma interessada, ou foi corrompida.⁶⁵⁷

Com efeito, verifica-se que a tradição da *Common Law* possui uma lógica que busca evitar o contraditório sem fim, ao passo que o sistema brasileiro estimula a contrariedade.

A regra geral dos fatos colaterais (*colateral facts rules*) determina que se a testemunha mencionar fatos paralelos que tenham relação indireta com a questão principal, os advogados não podem, para desqualificar a testemunha, buscar a contrariedade da testemunhas no que tange a estes fatos paralelos, a não ser que tenham relação direta com o caso, ou que levem a descobrir que a testemunha tem preconceitos, ou interesse na demanda, ou foi comprada. Por isso que é recorrente nos julgamentos o advogado questionar o juiz sobre a relevância de determinada pergunta feita pelo ex-adverso.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 352

⁶⁵⁶ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 350

⁶⁵⁷ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 352

⁶⁵⁸ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 348

Segundo os autores, o sistema jurídico do Canadá qualquer testemunha, e mesmo o acusado, poder ter sua credibilidade testada a partir de suas condenações anteriores. Caso a testemunha negue a existência de condenações anteriores, a parte em *cross examination* da testemunha, pode apresentar perante ela a prova da condenação, fato que afetará sua credibilidade. Todavia, no que tange ao acusado, somente pode ser questionado sobre a existência de condenações anteriores mas não sobre os fatos ou a conduta que levou a sua condenação.⁶⁵⁹ Ressalte-se, que a Suprema Corte do Canadá reconheceu o poder facultativo do juiz para permitir o *cross examination* sobre condenações anteriores.

Segundo o autor PACIOCCO, as regras de evidência permitem invocação das condenações anteriores, somente para testar a credibilidade do acusado, mas proíbe que o tribunal use essas condenações anteriores para concluir que o acusado, baseado em seu passado, é o tipo de pessoa que poderia ter cometido o crime em questão.⁶⁶⁰

No direito brasileiro as condenações anteriores do acusado servem para agravar a pena, na hipótese de reincidência⁶⁶¹, ou na hipótese de maus antecedentes, elevar a pena quando na análise de sua fixação com base no artigo 59 do Código Penal⁶⁶² bem como, com base no mesmo dispositivo legal, pode juiz, por meio de seu livre convencimento, elevar a pena se entender que o acusado tem a personalidade voltada para o crime.⁶⁶³

Por outro lado, o direito brasileiro produz incompatibilidades internas ao introduzir a partir de 2008 a pergunta direta pelos advogados às testemunhas. Tal modelo de questionamento é próprio do sistema jurídico anglo-saxão onde a verdade é construída pelas partes, portanto incompatível com o processo brasileiro, que representa um procedimento que busca a verdade real e ratifica os poderes instrutórios do juiz.

Com efeito, no direito anglo-americano o perito e o acusado, bem como a vítima, estão inseridos na categoria testemunhas. Neste sistema o perito é um

⁶⁵⁹ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 357-358

⁶⁶⁰ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 07

⁶⁶¹ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência.

⁶⁶² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação ou prevenção do crime:

⁶⁶³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol 1*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p 579

especialista, que não representa uma testemunha oficial do juízo, mas uma evidência que deve ser trazida pelas partes e submetida às regras de exclusão. De forma contrária no direito brasileiro, o perito, o acusado e o ofendido, exercem funções e papéis diferentes no processo penal brasileiro.

No direito anglo-americano a testemunha presta um juramento, quando possui fé em alguma religião, ou quando não religiosa, faz uma afirmação solene se comprometendo a dizer a verdade somente a verdade nada mais que a verdade.⁶⁶⁴ A partir desse momento presume-se que a testemunha irá dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de perjúrio. Ao contrário do direito anglo-americano, o direito brasileiro possui a crença de que as testemunhas devem ser imparciais.

No procedimento penal brasileiro o depoimento do acusado é colhido em momento apartado. Não sendo considerado como uma testemunha, não presta o compromisso de dizer a verdade. O acusado no processo penal brasileiro está sujeito ao interrogatório que “*é ato judicial no qual o juiz ouve o acusado sobre a imputação contra ele formulada*”⁶⁶⁵

A testemunha para o direito brasileiro, segundo NUCCI “*É a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade.*”⁶⁶⁶ (grifo nosso)

No sistema brasileiro o interrogatório da testemunha é realizado com o objetivo do juiz, por meio de sua intuição, chegar à verdade real. Portanto, deverá também intuir sobre a mentira da testemunha.

No direito anglo-americano o exame das testemunhas em audiências trata-se não de um inquirição, mas de um exame onde o *cross examination* serve para, somente a defesa e a acusação, testarem a fidedignidade da testemunha e das informações por ela trazidas. Portanto, por meio dos advogados será identificado se a testemunha faltou com a verdade e cometeu perjúrio. Assim, a credibilidade das testemunhas é verificada pela defesa e a acusação.

⁶⁶⁴ THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press 2008., p 139

⁶⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. rev.. São Paulo: Saraiva 2008 p 332

⁶⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008 p 443.

A lógica que fundamenta a possibilidade dos advogados dos EUA e do Canadá testarem a credibilidade dos depoimentos dados em juízo em *cross examination*, se dá em razão deste sistema não presumir a imparcialidade das testemunhas, fato que não se apresenta como incompatível com a exigência de dizer a verdade. Com efeito, reconhece-se a possibilidade da testemunha responder as questões, mesmo demonstrando afeição a causa sem, no entanto, mentir.

O direito brasileiro, em razão do princípio da verdade, real não permite aos advogados induzirem ou conduzirem a testemunha, pois exige-se a imparcialidade da testemunha, bem como firma o compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho. Todavia, ao mesmo tempo suspeita de seu depoimento.

Nota-se esse entendimento, no dizer do autor PACELLI DE OLIVEIRA.

*“O sujeito, portador do conhecimento dos fatos, é o homem, titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si. Por isso, a noção de verdade, que vem a ser o objeto a ser buscado na prova testemunhal, em regra poderá não ser unívoca.”*⁶⁶⁷

Continua o mesmo autor.

*“Por fim, no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados a pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha.”*⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 340

⁶⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 340

O papel dos advogados no sistema de justiça criminal do Brasil, quanto à inclusão a pergunta direta pelas partes no processo penal, apresenta contornos diversos, em razão do direito brasileiro manter o magistrado como avaliador da fidedignidade da testemunha. Pois segundo os autores. “*No processo penal, todos podem ser testemunhas, cabendo ao juiz examinar a pertinência e a idoneidade de cada testemunho*”⁶⁶⁹

A constante comparação por semelhança feita pelos autores brasileiros conduz à equivocada equivalência entre institutos jurídicos, orientados por lógicas antagônicas. Assim, pode-se perceber no discurso do autor TOURINHO FILHO, que os autores introduzem a pergunta direta pelas testemunhas do sistema brasileiro como se possuísse a mesma representação do *direct examination* e *cross examination*⁶⁷⁰, do direito anglo-americano.

Todavia, mesmo traduzindo o instituto do *cross examination* para *exame cruzado*, os autores brasileiros atribuem uma outra representação à categoria jurídica. Desta forma o uso do instituto atribuído a doutrina brasileira, em muito se difere da tradição jurídica originária.

Tal fato percebe-se no discurso do autor POLASTRI LIMA:

“*Com efeito, o exame cruzado melhor assegura o sistema acusatório e o contraditório, pois, ao terem que perguntar através do juiz, as partes ficam tolhidas, e, por vezes, como é comum na prática, o juiz altera as perguntas das partes, ou interrompe a linha de inquirição, fazendo com que a testemunha 'se recupere a tempo' e, assim, prejudica a busca da verdade real.*”⁶⁷¹

Enquanto que o direito anglo-saxão funda os questionamentos às testemunhas na categoria *exame* e sua representação, como uma estrutura de construção da verdade,

⁶⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 341.

⁶⁷⁰ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31 ed vol 3. São Paulo: Saraiva. 2009. p 348-349

⁶⁷¹ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p 148-149.

que busca realizar um teste sobre as informações prestadas; o direito brasileiro mantém a lógica da *inquirição* de testemunhas, onde não se busca a construção de uma verdade, mas descobrir a “*verdade real*” encoberta. Para tanto, como já afirmado, mesmo com a possibilidade das partes contraditarem as testemunhas, arguindo, assim, algum impedimento, o depoimento desta irá fazer parte do processo judicial.

É o que explicita o autor TOURINHO FILHO:

*“De qualquer sorte, confirmado ou não a impugnação da parte, nem por isso a testemunha deixará de prestar compromisso ou de depor, salvo se se tratar de pessoa que souber do fato em razão de ofício, profissão, ministério ou função e deva guardar segredo, e, neste caso, o juiz a excluirá”*⁶⁷²

Segundo os autores do direito anglo-americano, o sistema adversário convoca a testemunha para fornecer a evidência sobre um compromisso de dizer a verdade, seu depoimento será observado e também objeto de *cross examination*. Assim, neste sistema não se admite como evidência, em regra geral, o chamado *Hearsay* (ouviu dizer). A regra determina que não será admitida no processo o depoimento de segunda mão, ou seja, não admite a chamada testemunha indireta. Segundo a doutrina a declaração desse tipo de depoimento deve ser excluída do processo em razão da dificuldade de se testar sua confiabilidade, visto que se a pessoa que está no tribunal não foi quem presenciou o fato, não há como questioná-la sobre questões que envolvem a memória, percepção, narração ou sinceridade.⁶⁷³ A referida regra comporta algumas raras exceções.⁶⁷⁴

O direito brasileiro admite a testemunha indireta como aquela que segundo TOURINHO FILHO, depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer⁶⁷⁵. Assim,

⁶⁷² TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. 31 ed vol 3. São Paulo: Saraiva. 2009. p 353

⁶⁷³ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 83

⁶⁷⁴ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 92

⁶⁷⁵ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. 31 ed vol 3. São Paulo: Saraiva. 2009. p 319

em razão da busca pela Verdade Real, o direito brasileiro permite a entrada de uma gama de indícios no processo a fim de formar o convencimento do juiz para se chegar a verdade real.

Como afirmado, no direito anglo-americano cabe às partes, e não ao juiz, o exame sobre a testemunha em *cross examination*. No direito brasileiro as testemunhas exercem um papel de auxiliares do juiz na busca da verdade real. No direito anglo-americano, a testemunha, como evidência, se aproxima da idéia relacionada à capacidade das partes na produção das provas. Portanto, o juiz não tem poderes de instrução, bem como não existe produção de prova oficial, como no direito brasileiro.

No sistema brasileiro, além dos poderes instrutórios do magistrado, o Estado possui órgãos oficiais de produção de prova. Como podemos perceber na afirmativa do autor PACELLI DE OLIVEIRA.

*“Normalmente, o próprio Poder Público tem em seus quadros de carreiras os peritos judiciais, responsáveis pela realização das perícias solicitadas pela jurisdição penal. São os chamados peritos oficiais”*⁶⁷⁶

No sistema anglo-americano os peritos ocupam o papel de testemunhas especialistas, trazidas pelas partes (*expert witnesses*). Como toda evidência, para a sua admissibilidade, devem também passar pelas regras de evidência, que, em regra geral, para as *expert witnesses* são: necessidade em assistência a prova, relevância, devida qualificação do *expert* e ausência de qualquer outra regra de evidência que o exclua.⁶⁷⁷

O crime de perjúrio para as testemunhas, que no direito anglo-americano correspondem a testemunha ocular, o acusado, o ofendido e o perito, é considerado um crime grave, onde a exemplo, no Canadá a pena máxima corresponde a 14 anos de prisão. A legislação brasileira, no artigo 342 e parágrafos, do Código Penal, prevê o delito de falso testemunho, como pena cominada em abstrato para o tipo penal o máximo de 3 anos de prisão, podendo aumentar até 1/3 um terço se incorrer nas causas elencadas em seu parágrafo primeiro deste artigo.

⁶⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p 348.

⁶⁷⁷ PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002, p 161.

O perito no direito brasileiro não é considerado testemunha, portanto, não incide no crime de falso testemunho, mas sim em categoria própria denominada falsa perícia. Todavia, pertence ao mesmo tipo penal do artigo 342 do CP com a mesma cominação legal.

A medida da atribuição de pena aos referidos delitos é significativo para demonstrar a importância dada aos sistemas em relação à verdade construída a partir da testemunha, como prova no processo penal.

CONCLUSÃO.

A partir de uma investigação bibliográfica sobre textos jurídicos brasileiros e anglo-americanos (em especial, do Canadá e dos Estados Unidos), associada a trabalho de campo realizado em Ottawa, Canadá, em instituições de justiça criminal, esta tese analisa algumas garantias processuais selecionadas, em perspectiva comparada, visto que para os modelos de Estado constitucional, sejam republicanos ou monárquicos, essas são elementos institucionalizados como símbolos da democracia. No entanto, a concretização de tais elementos no direito brasileiro apresenta-se com forma e conteúdo simbólico muito distintos daquele dos países trazidos como referência para confronto e contraste no presente trabalho.

A tradição jurídica brasileira apresenta-se como tuteladora dos direitos dos seus cidadãos. Portanto, o Estado é considerado o proclamador da justiça. Assim, a idéia de verdade real no direito brasileiro, que justifica a manutenção dos elementos inquisitoriais do processo, está diretamente associada a uma determinada noção de justiça. Portanto, para a doutrina, a justiça, para o direito brasileiro, representa a concretização da verdade real, que é aquela proferida através da autoridade do Estado-juiz - *beyond any doubt*.

Ao contrário do Brasil, os países da tradição da *Common law* anglo-americana, pressupõe a necessidade de limitação do poder estatal. Tal fato é concretizado na lei fundamental desses países. Assim, associam a concepção de justiça à efetivação das garantias e dos direitos individuais. Por isso, a construção da verdade jurídica passa necessariamente pelas partes envolvidas e pela decisão do júri, como elemento legitimador das decisões judiciais e da constante reafirmação da democracia pela participação popular. A partir desse pano de fundo se constróem as garantias processuais que são orientadas por essa lógica.

Com efeito, para o direito brasileiro o escopo do processo é alcançar a verdade real, enquanto que no direito anglo-americano sua finalidade é assegurar o direito das pessoas acusadas contra o poder do Estado. Isto denota a força dada às garantias individuais no âmbito processual de cada sistema jurídico.

A presunção de inocência, garantia constitucional processual, representa no modelo anglo-americano um elemento central da limitação ao poder persecutório do Estado. Já no Brasil, contrariamente, se concretiza de forma ambígua quando confrontado com o dogma da prevalência do interesse público sobre o interesse individual.

Na tradição anglo americana, em razão do processo ser um direito individual do cidadão, detentor de direitos fundamentais, é que se permite a construção da verdade a partir do interesse das partes que atuam no processo. Portanto, no modelo processual adversário, adotado por eles, delega-se às partes a produção consensual da verdade jurídica, buscando a solução do conflito através da consensualização e da argumentação. Para tanto, elegem métodos e instrumentos que são construídos com a finalidade de assegurar a manutenção das premissas democráticas.

Em prol da limitação dos poderes do Estado, surge na tradição anglo-americana a presunção da inocência, que orienta o processo em sua totalidade, exigindo do Estado o elevado padrão na construção de uma certeza, para além de uma dúvida razoável: *beyond resonable doubt*. Ao cidadão é facultada a produção de evidências. Todavia, caso queria produzi-las, será em um padrão de certeza inferior, que para o direito dos EUA representa a preponderância da evidência, institucionalizado na categoria *preponderance of the evidence*, ou de forma equivalente no Canadá, na busca pelo equilíbrio das probabilidades, institucionalizado na categoria *balance of probabilities*. O sistema jurídico anglo-americano, portanto, é construído a partir da concepção de que o processo é um instrumento de defesa do cidadão.

O sistema jurídico brasileiro não concebe o processo como um direito dos acusados, conseqüentemente, não como um instrumento de defesa do cidadão, mas como um instrumento do Estado na defesa de um enigmático interesse público. Assim, retira das partes a construção da verdade e, tutelando os direitos dos cidadãos, afirma efetivar a justiça.

A garantia do cidadão à vedação à auto-incriminação, na tradição anglo-americana, como limitação à ação estatal na investigação, representa uma garantia das pessoas acusadas, por isso o debate em torno da confissão gira na capacidade da acusação provar a voluntariedade das declarações. Tal fato torna a confissão uma

evidência pouco útil para o sistema anglo-americano. A vedação à auto-incriminação no sistema brasileiro não possui a mesma dimensão garantista, pois que centra seus debates na veracidade das declarações do acusado, tendo menor relevância a questão da voluntariedade, pois não há padrões de prova que incidam sobre a acusação na construção desta certeza.

A vedação à auto-incriminação é uma garantia fundamental nos EUA e no Canadá. Reveste-se de uma identidade fundada na idéia de um direito que pertence intimamente ao indivíduo na defesa da sua esfera privada. Tal exemplo é significativo para ilustrar o reflexo coincidente entre a norma e a cultura cívica nestas sociedades, pois que o governo é compreendido como ameaçador às liberdades do cidadão. O indivíduo na tradição anglo-americana possui um sentimento de detentor da norma constitucional, visto que é asseguradora da sua liberdade individual. Com efeito, o direito individual e as garantias processuais são prerrogativas próprias do cidadão.

No Brasil a idéia de liberdades públicas está desconectada da idéia de pertencimento a um Estado e de respeito às liberdades dos seus cidadãos. Por isso, a norma constitucional não é absorvida na cultura cívica nacional. Com efeito, os direitos individuais e as garantias processuais são indisponíveis aos cidadãos.

No sistema adversário anglo-americano o Estado não detém a exclusividade na construção da verdade jurídica. Assim, o direito determina o *exame* como modelo de avaliação da evidência. Estabelece regras de admissão de provas, direcionadas, mormente, ao Estado, pois em razão da presunção de inocência é nele que recai o ônus da prova. Assim, as provas já consensualmente admitidas pelas partes no processo, são por estas submetidas a um teste, que tem por fito avaliar o seu grau de credibilidade. Isto é indicativo de que, nesse sistema, a verdade jurídica é construída por meio da argumentação. Portanto, compreende-se o privilégio dado à escolha de um processo dialógico com prevalência da oralidade.

Há ausência, no direito brasileiro, de regras de evidência que delimitam o que será considerado prova. Por conseguinte, a dúvida existência do fato permite que uma ampla variedade de elementos formadores da convicção do magistrado faça parte do processo. A busca da verdade real pelo magistrado ultrapassa e desconfia da construção da verdade feita pelas partes. Isto abre espaço à ilimitada motivação do seu

livre convencimento, possibilitando, inclusive, uma decisão com juízo e fundamento moral, que, muitas vezes, escapa a uma deliberação alicerçada em elementos fáticos e legais do conflito.

A reforma realizada em 2008, que alterou algumas partes do código de processo penal brasileiro, inclui a pergunta direta à testemunha. Sem titubear, a doutrina brasileira logo identificou o referido procedimento com do *direct examination* e *cross examination* do direito anglo-americano. Todavia, estes em muito se distanciam.

O exame de evidências no direito anglo-americano lida com a consensualização do que é prova, por conseguinte, do que é fato, para então, por meio dos padrões de prova, buscar a constituição e desconstituição da credibilidade de determinada evidência, ou seja, o exame sobre a testemunha busca a constituição e desconstituição de certo padrão de certeza.

No sistema brasileiro não há padrões de prova que a acusação deva alcançar para conseguir uma condenação. Tal fato esvazia o processo penal brasileiro da garantia da presunção de inocência e impõe às partes idêntico esforço probatório. Com efeito, embora o discurso jurídico brasileiro afirme a exigência da presunção de inocência como garantia consitutcional no ordenamento jurídico, a ausência de padrões de prova no direito brasileiro impõe ao acusado o ônus de provar sua inocência.

O direito brasileiro manteve a estrutura da *inquirição* e do *interrogatório* para avaliação das testemunhas e do acusado, que muito se distingue do *exame*. Estes elementos de prova se apresentam como auxiliares do Estado no deslinde da verdade real encoberta, mas previamente sabida. Para tanto, as afirmações das testemunhas devem ser lidas com reserva pelo juiz, que deve, com malícia e habilidosamente descobrir a verdade por trás das declarações. Conduta que mitiga a validade e a concretização prática do delito de falso testemunho, o que desestabiliza as regras do jogo para as partes. Todavia, tal lógica não está contrária ao sistema brasileiro que inclui oficialmente o informante e a testemunha indireta como elemento de formação da convicção do magistrado.

Na tradição anglo-americana o informante jamais poderia existir no processo. Por não existir verdade real a ser buscada a validade básica das evidências está fundada em lógicas elementares, nas quais até mesmo a perícia tem sua validade

auferida pelos métodos científicos por ela adotados. O documento vale pela sua autenticidade e a testemunha pelo dever de dizer a verdade, dever não exigido ao informante.

Assim, o informante só pode ser admitido em um sistema que busca a verdade real para além das partes: *beyond any doubt*. Este elemento de prova não se submete a nenhum crivo de validade, visto que o informante não tem o dever de dizer a verdade e representa elemento de convicção do magistrado.

A força da lógica sistemática e a busca de consenso no direito anglo-americano abre pouco espaço aos debates opinativos sobre o local e a importância das garantias processuais e constitucionais. Por isso, não se cogita, como no direito brasileiro, da possibilidade da obtenção de prova ilícita pelo réu, tendo em vista que a vedação à prova ilícita é um direito fundamental do cidadão; por conseguinte, o Estado é quem deve ser abster de produzir provas ilicitamente.

A partir da análise dos discursos jurídicos das tradições jurídicas em contraste, conclui-se que alguns autores brasileiros buscam aproximar seus discursos de institutos democráticos existentes nas tradições jurídicas democráticas aqui estudadas, sem abandonar, no entanto, o que o sistema processual brasileiro possui de antidemocrático. Tal fato conduz a paradoxos que, em razão da ausência de uma lógica sistemática, somados ao estímulo do contraditório e, por consequência, à falta de consenso, possibilitam no direito brasileiro a existência concomitante de elementos antagônicos e, por conseguinte, de uma gama de debates opinativos que conduzem à incerteza sobre a definição e papel das garantias processuais e constitucionais.

Fica, assim, finalmente, claramente justificado o valor heurístico da opção metodológica pela busca de contrastes e diferenças, ao invés de semelhanças, na comparação de sistemas jurídicos distintos, bem como o maior rigor interpretativo que o método comparado utilizado pela antropologia possui, frente àquele do direito comparado. Somente com a ampliação de nossos horizontes interpretativos poderemos compreender melhor nossos sistemas jurídicos constitucional e infra-constitucional, emprestando-lhes características mais democráticas, através de propostas de transformações eficazes que não se limitem a suas superfícies, mas que atinjam seus princípios estruturantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de.. *Processo Criminal Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos S/A 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo. 1959.

AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao Silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Porto Alegre: ed. Globo 1969.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti, *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade*. Porto Alegre- Pr . Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Transacción Penal Brasileña y El Derecho Norte Americano*. Revista de Processo ano 25, n.º 100, outubro – dezembro de 2000.

BELIVEAU, Pierre e VAUCLAIR, Marin. *Traité Général de preuve et procédure pénales*. Yvon Blais. Quebec. 2008.

BERMAN, Harold. *A Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica México. 1996.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 11 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

BLACKS'S LAW DICTIONARY 8th edition. Bryan A. Garner Editor in Chief. 2004

BOURDIEU, Pierre *A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: O poder simbólico.* Lisboa: Difel, 1989.

_____. *A economia das trocas Lingüísticas: O que falar quer dizer.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1996.

_____. *A economia das trocas simbólicas.* São Paulo: Perspectiva. 2007.

_____. *Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, Jean. Problemas do estruturalismo.* Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

BUENO, Cassio Scarpinalla. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva. 2007, p 236.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Vol I .* 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. *Curso de Processo Penal.* 15 ed. rev. São Paulo: Saraiva 2008.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.* Rio de Janeiro, Forense, 1989.

CHAUÍ, Marilena - *Convite a Filosofia,* São Paulo. ed. Ática. 2000.

CONSTANTINESCO, Leontin- Jean. *Tratado de Direito Comparado: introdução ao Direito Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

CORWIN, Edward S. *A constituição Norte Americana e seu Significado atual.* Trad. Leda Boechat Rodrigues. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 1986.

CRESCENTI, José Geraldo. *Instrução e Julgamento de Processos: anotação e Prática Processual Canônica.* Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2007.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Mlandros e Heróis*: Zahar. Rio de Janeiro. 2006.

DEL BUONO, Vincent M..*Canadian Criminal Procedure: Cases, notes and Materials*. Toronto. Butter Worth. 1981.

DESLISLE, Ronald J.; STUART, Don; TROTTER, Gary. *Laerning Canadian Criminal Procedure*. 8th edition Thonson. 2005.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed. Salvador. Editora Podivm. 2008.

DOMINICANO, Frei Nicolau Eymerich. *Manual dos Inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Ed UNB. 1993.

DUMONT Louis em: *Homo Aequalis*. São Paulo, Editora EDUSC.2000.

DURKHEIM . Émile, *Regras do Método Sociológico* ed Martin Claret. São Paulo 2002.

FERREIRA. Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro. Lúmen júris. 2004.

_____. *A difícil relação entre Igualdade, justiça social e políticas públicas no sistema de justiça brasileiro*. Trabalho apresentado no Congresso preparatório para o CONPEDI – Salvador. 2008.

_____. *Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos E.U.A e do Brasil*, pg. 53-64, *In Juizados Especiais Criminais, Sistema judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares/ Maria Stella Amorim, Roberto Kant de Lima, Marcelo Baumann Burgos (org) – Niterói: intertexto 2003.*

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris editor. 2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas* Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau ed., 1999.

GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Ed Vozes 4.^a ed : Rio de Janeiro: 2002.

_____. *O Problema da Consciência Histórica*: org: Pierre Fruehon; trad. Paulo César Duque Estrada – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GALLOWAY, John. *The Supreme Court & The Rights of the accused*. Fact on file, 1973.

GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro:2008.

GARCIA BARBERENA, Tomas; ALONSO MORAN, Sabino. *Comentarios al código de derecho canônico*: Canones 1999 - 2114. Madrid: BAC, 1964. v. (Biblioteca de Autores Cristãos).

GARDNER, Thomas J. *Criminal Evidence: principles, cases, and readings*. 2. ed West Publishing Company. St. Paul., p 217.

GEERTZ, Glifford *O saber Local* , Petrópolis: ed. Vozes. 1999.

_____. *A interpretação das Culturas*. Editora LCT - Rio de Janeiro:2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo Penal*. 7.a. Ed São Paulo. 2009,p 198.

GRIFFITHS, Curt T. CUNNINGHAM, Alinson Hatch. *Canadian Criminal Justice: a prime*. Second edition, Thomson Nelson. Canadá. 2003.

GRINOVER, A. P. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999.

_____. *As Nulidades do Processo Penal*, São Paulo, RT, 1998..

HALL, Livingston. *The Rights of the Accused in Criminal Cases*. In Talks on American Law. Editado por Harold J. Berman. Voice of America Forum Lectures.1973.

HAWKING, Stephen. *O universo em uma casca de nós*. Tradução Ivo Korytowski, Editora Mandarim. São Paulo. 2001.

HEGEL G.W.F. *Science de la Logique*. Paris: Aubier. 1959.

HOMENKO, Rita. *Budismo psicologia do autoconhecimento: O caminho da correta compreensão*. Ed Pensamento. São Paulo. 1996.

INICIARD, James A. . *Criminal Justice* University of Delaware. U.S 1990.

JACOB, Herbert. *Justice in America. Court, lawyers and the judicial Process* 3.a. ed Boston Little, Brown and company, 1978.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro.: seus dilemas e paradoxos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

_____. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Ed. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008.

- KORANYI, Hans. O pensamento de São Tomás de Aquino. Ed. Íris São Paulo. 1959.
- KUHN. Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* . São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LARAIA, Roque de Barros, *Cultura: um conceito antropológico*. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro 2003.
- LEACH, E.R. *Repensando a antropologia* ed. Perspectiva. 1974.
- LIMA LOPES. José Reinaldo. *O direito na História*. 2.a. ed. São Paulo. Max Limonad. 2002.
- LIMA, Lana Lage da Gama de. *A Confissão Pelo Avesso: o crime de solicitação no Brasil Colonial*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 1990.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, trad. J.Alves de Sá, volume I, Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito processual penal – volume III. São Paulo: Bookseller. 1998.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar editores. 1967.
- McWILLIAMS. *Canadian Criminal Evidence*. Second Ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book. 1984.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil law Tradition*. Stanford University Press, California 1969.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo Ed. Atlas 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.a ed. Trad. Peter Naumann. Ed Renovar. Rio de Janeiro. 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. . Rio de Janeiro: Forense, 2004..

NEUBAUER, David W. *America's Courts & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing Company, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. Editora RT. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

PACIOCCO, David. *The law of evidence*. Toronto. Irwin Law. 2002,

PARKER, Graham. *An introduction to Criminal Law*. second. edition. 1933.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Joseph em *Breve Historia de la inquisición en Espana*. Ed Critica: Barcelona. 2002.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. Rio de janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007.

_____. *Curso de Processo Penal*. Vol. II, Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2008.

_____. *A prova Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2003.

POSNER, Richard. *What Has Pragmatism to Offer Law?* 63 *University of Southern California Law Review* 1653 (1990).

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.a. ed Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal* ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007.

RAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*.: São Paulo, Malheiros 24.^a ed. 2008.

SACCO, Rodolfo *Introdução ao Direito Comparado*. Ed. trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2001.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês: e norte americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro: Dunod, Peris,. Editora Landy, 1999.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro, Lumen juris 2008.

STRAUSS, Claude Lévi. *Raça e História, in Raça e Ciência*. Ed perspectiva. 1970.

TEIXEIRA MENDES, R. L. *Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil*. in *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre - RS, n. 13, p. 81-98, 2004.

_____. *Igualdade a brasileira* in AMORIM, Stella, KANT DE LIMA, Roberto. TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Ensaio sobre a igualdade jurídica: Um estudo sobre o acesso a justiça criminal e direito a cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2005.

_____. *Dilemas da Decisão Judicial: As Representações de Juízes brasileiro sobre o Princípio do livre convencimento motivado*. Tese de doutorado defendida na Universidade Gama Filho. 2008.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. - Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento 1 V. Rio de Janeiro: Forence, 2007.

THOMPSON, R. Alan; NORED, Lisa S.; WORRALL John ; HEMMENS, Craig. *An introduction to Criminal Evidence: cases and concepts*. New York. Oxford University Press.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Manual de processo penal* – 9.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva , 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928- *Prática de processo penal* – 26.a. ed. rev. – São Paulo: Saraiva , 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal* – 31. ed. São Paulo: Saraiva , 2009.

ULMANN, Walter. *História del pensamiento político em la Edad Media*. Barcelona. Ed. Ariel. 1997.

VARELLA, Alex, KANT DE LIMA, Roberto, Saber jurídico e o direito a diferença no Brasil: Questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In . *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Lúmen júris. Rio de Janeiro. 2008

WATT, David. *Manual of criminal evidence*, Publisher. Scarborough, Ont. : Carswell. 2006,

WEBER. Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo ed Martin Claret 2001.

WEBER. Max. *Sobre a Teoria das Ciências Sociais*.ed. Moraes, 1991.

SITES DA INTERNET.

AMORIN. Maria Stella. *Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro*. Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro, n.o. 17 Agost. 2006, p 107-131 capturado em 20/07/2009 no site http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num17/revistaSJRJn.17.pdf

BRASIL- Superior Tribunal de Justiça – processo : RMS 12754 de 2003. 2ª turma. Relator ministro Franciulli Netto. (Capturado em www.stj.gov.br em 24/05/2008.)

Carta de Direitos do Canadá. Capturado em http://laws.justice.gc.ca/en/charter/Charter_index.html em 08/06/09.

Caso: R.v. Oakes 1997 - Suprema corte do Canadá. Capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1986/1986rcs1-103/1986rcs1-103.html>

Caso: R.v.Lifchus, 1997- capturado no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html> em 06/05/09

Caso : R. v. Taillefer; R. v. Duguay, [2003] capturado em 06/05/09 no site <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc70/2003scc70.html>

D'URSO. Luis Flávio Borges. Súmula Vinculante é Retrocesso. (capturado em 25/05/2008. no site http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/)

GOMES, Luiz Flávio. O direito ao silêncio e as investigações. CCJ do Senado rasga (uma vez mais) a Constituição brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12041>>. Acesso em: 16 jun. 2009 16 jun. 2009.

GOSAL, S. *Canada's Criminal Law and The Jury System*. [Capturado em 19.02.09 no site <http://www.canadalegal.info/ref-canada-criminal-law/canada-criminal-law-courts.html>

KANT. Immanuel *Crítica del juicio: seguida de las observaciones sobre el asentimiento de lo bello y lo sublime*. Trad. Alejo García Moreno, y Juan Ruvira, Madrid, 1876. § 90.2 edição digital <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=2543> capturada em 01/05/2009

LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Disponível em « www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.htm » capturado em 18/12/05.

MILLER, CANFIELD, PADDOCK & STONE, *Criminal Procedure in the United States and Canada* P.L.C. 2006.p 13 capturado em 01/05/2009 no site http://millercanfield.com/media/article/200071_Criminalprocedure.pdf

ÖRÜCÜ Esin , *Public Law in Mixed Legal Systems and Public Law as a 'Mixed System'*, vol 5.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (May 2001), <<http://www.ejcl.org/52/art52-2.html>> Capturado em 10/04/2009.

Regras de evidência do Canadá *Canada Evidence Act.*

<http://laws.justice.gc.ca/en/showtdm/cs/C-5> Capturado em 08/06/09.