

A REFORMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O PARADIGMA “ACUSATÓRIO” DO PROCESSO PENAL ANGLO-AMERICANO: REVISITAÇÃO HISTÓRICA¹

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães²

Resumo: O texto trabalha a necessidade de se repensar a consagrada dicotomia reservada aos sistemas de processo penal (“acusatório-inquisitório”) como definidora de modelos pretensamente ideais, com especial enfoque para a revisão histórica da construção do assim denominado “sistema acusatório” que, baseada em novas fontes de pesquisa, permite demonstrar o equívoco do quanto repetido irrefletidamente por boa parte da doutrina e também o problema que a adoção de uma premissa “acusatória” possa representar na reforma do novo Código de Processo Penal brasileiro.

Palavras-Chave: processo penal – sistemas processuais penais – sistema acusatório - gestão da prova – reforma do código de processo penal brasileiro.

Abstract: The text works the need to rethink the consecrated dichotomy reserved for criminal prosecution systems ("adversarial-inquisitorial") as defining supposedly ideal models, with special focus on revisiting the historical construction of the so-called "adversarial system" that, based on new sources of re-

¹ Artigo originalmente publicado no livro *Questões Atuais do Sistema Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio*. Coordenador: Paulo Cesar Busato, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, pp. 263-295.

² Coordenador da Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Unicuri-tiba– Centro Universitário Curitiba. Professor de Direito Processual Penal da graduação do Unicuri-tiba, da FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná. Promotor de Justiça em Curitiba.

search, allows to demonstrate the misconception of how thoughtlessly repeated by much of the doctrine and also the problem that the adoption of a premise "accusatory" may represent to the reform of the new Brazilian Code of Criminal Procedure.

Keywords: criminal procedure- criminal procedure systems - adversarial system –management of proof - reform of the Brazilian Code of Criminal Procedure.

I – INTRODUÇÃO.



doutrina tem discutido muito a respeito dos modelos de processo penal à luz do discurso dos sistemas. As análises em geral são conduzidas insistindo numa visão que fica circunscrita a uma dicotomia de pretensos modelos ideais: os denominados “sistema acusatório” e “sistema inquisitório”. Nessa linha de pensamento, há todo um discurso na academia nacional de que o Brasil deveria “abandonar” o “sistema inquisitório” e “adotar” o “sistema acusatório” de processo penal. Esta, inclusive, é a proposta do Projeto de Lei nº 156/2009³, originário do Senado Federal brasileiro, ao estabelecer uma premissa interpretativa para o futuro Código de Processo Penal brasileiro, a qual vem estampada na redação sugerida ao novel art. 4º: *O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

No entanto, quando se procura saber o que seria este “sis-

³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Com as alterações encampadas na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal do Senado, com redação final apresentada em 07 de dezembro de 2010, pelo Parecer nº 1636/2010. O Projeto, no início de 2011, foi encaminhado à discussão na Câmara dos Deputados, onde tramita sob nº 8045/2010.

tema acusatório”, qual seria sua origem, como teria sido estruturado, qual seria sua ideia fundante e o seu princípio unificador, a doutrina, em sua grande maioria, acaba conduzindo o leitor a um passeio pretensamente histórico que costuma iniciar na Inglaterra do século XIII chegando aos dias de hoje nos Estados Unidos da América, confiando que tudo tenha se dado de forma plena e harmônica no passado. Acreditam mesmo que o denominado “sistema acusatório” possa, de fato, ter um dia existido, com todas as suas características apresentadas como antagônicas àquele que chamam de inquisitório.

Sucedo que essa doutrina costuma trabalhar desconsiderando que é equivocado acreditar numa “evolução” natural dos processos. Ou seja: não é possível pautar o discurso numa construção histórica no estilo do “continuismo crescente”, não levando em conta o alerta que hoje pontua Paolo Grossi⁴, no sentido de que, ao não estar atento à constante “continuidade/descontinuidade”, incorre-se no problema mais grave da investigação histórica. Vale aqui também a crítica deste estilo de “construção” de um discurso, destacada, dentre outros, por António Manuel Hespanha⁵:

Para aqueles que tinham contacto com a historiografia geral mais moderna, nomeadamente com o movimento dos Annales, a falta de distanciamento histórico era naturalmente chocante. Mas tornava-se ainda mais, quando se analisava a política implícita nesta historiografia “da continuidade”. Com efeito, a ideia de uma continuidade, de uma genealogia, entre o direito histórico e o direito do presente era tudo menos inocente, do ponto de vista das suas consequências no plano da política do saber (jurídico).

Assim, o senso comum teórico⁶ da doutrina pátria (e mesmo estrangeira) costuma enxergar no processo penal da

⁴ GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução do italiano de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43

⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 200., p. 54

⁶ WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. In: UFSC, pp. 48-57.

Inglaterra, e num segundo momento também naquele dos Estados Unidos, os modelos “acusatórios” a serem seguidos por todos os demais países de origem europeia continental.

Para ficar entre os mais consagrados juristas europeus da atualidade, cita-se, por todos⁷, o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias quando este afirma que, enquanto no Século XIII, na Europa continental, prevalecia o “sistema inquisitório”, nessa mesma época medieval ganhou dimensão na Inglaterra a adoção de “sistema” oposto àquele inquisitório, hoje denominado de acusatório, o qual teria base histórica na democracia grega aliada à experiência do antigo processo penal germânico e, ainda, nas antigas legislações orientais⁸.

No entanto, quando se afasta da ideia repetitiva da doutrina *pret-a-porter*, e se analisa mais de perto como os modelos processuais destes países se estruturaram ao longo dos tempos, é grande a surpresa que permite enxergar resultados não condizentes com aqueles pregados hoje cegamente.

Para adequada compreensão do quanto contém de imprecisão a afirmação doutrinária destacada, é relevante entender os contextos históricos em que os fatos se deram na Inglaterra na formação da *Common Law*.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA INGLATERRA NA FORMAÇÃO DA *COMMON LAW*.

Nessa análise do processo histórico inglês da época é preciso considerar que depois de sofrer intensa influência das denominadas “leis bárbaras”, com predomínio da adoção das

⁷ Vários outros autores seguem a mesma linha discursiva, como, por exemplo: MARICONDE, Alfredo Velez. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Cordoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 3ª ed. 2ª reimpressão, 1986., p. 21.; MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal – Tomo I – Fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimpressão, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pp. 264 e ss.; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso Penal*, 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, pp. 43-44, dentre inúmeros outros.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, v. 1, p. 66.

ordálias e dos juízos de Deus⁹, em decorrência das invasões dos anglos, dos saxões e dos dinamarqueses¹⁰, a Inglaterra passou por amplo período de estabilidade com o Rei Eduardo, o Confessor (reinou de 1043 a 1066), considerado um monarca adorado pelo povo, que inclusive o considerava taumaturgo. Aliás, foi o primeiro dos reis taumaturgos, considerado “santo”, como anota Marc Bloch¹¹. De fato, segundo os relatos históricos, referidos por Marc Bloch, o povo acreditava que o Rei era capaz de curar doenças pelo simples toque das mãos, o que lhe dava amplo poder para impor reformas e governar.

Com a morte de Eduardo, houve uma disputa pela sucessão do trono entre Haroldo que se antecipou e se proclamou Rei, e Guilherme, o Conquistador, que se julgava herdeiro¹², mas era francês. Guilherme provocou a invasão normanda da Inglaterra¹³, lutou contra o Rei Haroldo pelo trono e concretizou a conquista ainda no ano de 1066, na Batalha de Has-

⁹ Sobre a legislação primitiva na Inglaterra vide, dentre outros: BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. II, Livros III e IV, New York: Collins and Hannay, 1832, pp. 276 e ss., obra digitalizada e disponibilizada na internet em www.books.google.com, acesso em 05.03.2012; MARSH, A. H.. *History of the Court of Chancery and the Rise and Development of the Doctrines of Equity*. Toronto: Carswell & Co., Publishers, 1890; MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. *A Sketch of English Legal History*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998. Publicado originalmente em New York, London: G.P. Putnam's Sons, 1915.

¹⁰ Conforme DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356 e 357; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 178 e 209 e também CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 183.

¹¹ BLOCH, Marc. *Os Reis Taumaturgos*. Tradução de Julia Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 62 a 67. No mesmo sentido, MARSH, A. H., Ob. cit., p. 103.

¹² REX, Peter. *Willian the Conqueror. The Bastard of Normandy*. Gloucestershire: Amberley Publishing, 2012, pp. 97 a 105.

¹³ Conforme, dentre outros, CHURCHILL, Winston S. *História dos Povos de Língua Inglesa – Berço da Inglaterra*, vol. 1, tradução de Aydano Arruda, São Paulo: IBRASA, 2005, p. 164 e ss.

tings¹⁴.

Guilherme jurou seguir as leis de Eduardo, o Confessor, dando início à tradição de se manter as leis da terra (*per legem terrae*) o que mais adiante se converteria na ideia do devido processo legal¹⁵. Porém, Guilherme também teve sua guerra patrocinada em grande parte pelos barões (senhores feudais normandos) que acabaram sendo agraciados com diversos domínios feudais na terra conquistada¹⁶. Assim, valendo-se do apoio dos nobres normandos, mesclou o sistema judicial inglês, pautando-o, tanto na tradição herdada de Eduardo, o Confessor, quanto, em grande parte, pela vontade dos senhores feudais que, dentro de seus limites de terra, exerciam “o poder de punir, taxar e julgar”¹⁷. Nestes setores, portanto, ocorreram naturais embates entre os Barões e o rei.

Esse modelo de justiça ainda permaneceu nos reinados de seus filhos Guilherme II (morto com uma flechada na cabeça, durante uma caçada no ano 1100¹⁸) e Henrique I (morto envenenado em 1135), cessando quando os sucessores hereditários

¹⁴ A maioria dos historiadores aponta o ano de 1066, a exemplo de CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 183; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 357; e LOON, Hendrik Willem Van. *A História da Humanidade*, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 282. Já para CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 164 e ss., o ano que concretiza a conquista é o de 1070.

¹⁵ MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C.. Ob. cit., pp. 27 e 28. No mesmo sentido: REX, Peter. Ob. cit., p. 165. E também: LANGBEIN, John H.; LERNER, René L.; e SMITH, Bruce P.. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. Austin: Aspen Publishers, 2009, p. 09. E ainda: HOGUE, Arthur R. *Origins of The Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1966, p. 147. Na doutrina nacional vide: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 40.

¹⁶ Vide, dentre outros, RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., pp. 40 e 41.

¹⁷ Conforme PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-americana: do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 27.

¹⁸ Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. *A Dark History: The Kings & Queens of England. 1066 to the presente day*. New York: Metro Books, 2005, pp. 09 e 10.

da Coroa (Stephen, sobrinho de Henrique I e Matilda, filha de Henrique I) disputaram o trono, tendo Stephen se antecipado e reinado entre dezesseis e dezenove anos¹⁹. No curso desse reinado, decorrência do que foi considerada uma traição ao Rei Henrique I e à sua filha Matilda²⁰, enfim, da insatisfação e das disputas pelo poder, os barões ingleses provocaram uma guerra civil que gerou a ausência de justiça local, restando apenas o domínio da força em detrimento do povo. Sobre essa época e sobre a forma de exercício do poder, vale transcrever a descrição então feita por um monge da cidade inglesa de Peterborough:

*Todos os homens poderosos fizeram seus castelos e sustentaram-nos contra o rei...e, quando os castelos estavam feitos, eles os encheram de demônios e homens maus. Em seguida, capturaram aqueles homens que eles supunham ter posses, tanto de dia como de noite, homens e mulheres, e os lançaram à prisão para ficar com seu ouro e sua prata, e os torturaram com torturas indescritíveis... a muitos milhares eles mataram pela fome. Não devo nem posso contar todos os horrores e todas as torturas que impuseram aos infelizes homens desta terra. E isso durou os dezenove invernos em que Stephen foi rei; e era cada vez pior. (...)*²¹

Nesse interregno, a filha de Henrique I, Matilda, foi expulsa da Inglaterra e assumiu suas posses na Normandia, onde deu à luz a Henrique II. Este que contava, então, com apenas 19 anos de idade, mas já se revelara astuto o suficiente para agir politicamente, casou-se com Eleanor da Aquitânia (que se divorciou do rei francês Luís VII com esse propósito), tornando-se, por conseguinte, senhor feudal de mais da metade do território francês²². Assim, visando resgatar o trono inglês, em

¹⁹ As informações dos historiadores não são precisas quanto à duração do reinado de Stephen, ora afirmando serem 16 anos, ora aludindo a 19 anos.

²⁰ Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 16 e 17.

²¹ Citado por CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 188 e 189.

²² Conforme, dentre outros, TEIXEIRA, Sebastião Meirelles, in *Joana D'Arc: processo de condenação*/ tradução, comentários e notas Sebastião Meirelles Teixeira. São Paulo: Riddel, 1996, p. 14.

1153 Henrique II dirigiu-se à então caótica Inglaterra onde reforçou a guerra civil ao lado de sua mãe Matilda, que vinha lutando pelo trono desde 1139²³. Após sucessivas batalhas sangrentas, mãe e filho selaram um acordo com Stephen que aceitou Henrique II como filho adotivo sucessor, vindo a falecer um ano depois, provocando, assim, a ascensão de Henrique II como novo rei também da Inglaterra, querido e amado pelo povo²⁴.

Esse processo histórico é importante para compreender o que veio a se passar com a justiça inglesa da época, embrião da compilação do *common law* inglês em contraposição ao direito romano continental, sob a aparente contradição tutelar de um francês: Henrique II, como se passa a expor.

3. OS MODELOS DE JUSTIÇA CRIMINAL DE HENRIQUE II, O EMBRIÃO DO JÚRI INGLÊS E OS PROCEDIMENTOS “INQUISITORIAIS” CORRELATOS.

Ao assumir a Coroa inglesa Henrique II visava reunificar o reino dilacerado e desordenado pelas batalhas e com esse propósito viu-se quase que compelido a criar três tribunais: *Court of Common Pleas* (Tribunal das Causas Comuns, civis e penais); *Court of Exchequer* (Tribunal do Tesouro) e o *King’s Bench* (Tribunal do Banco do Rei), adotando uma Justiça itinerante com este último, onde o próprio Henrique II viajava por suas terras “distribuindo justiça” nos casos criminais que lhe eram apresentados no caminho²⁵.

Para apuração dos delitos, o rei também contava com os *sheriffs*, que investigavam pessoalmente ou através de júris formados para tanto²⁶. As investigações dos *sheriffs* seguiam o

²³ Conforme, dentre outros, LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 18 e 19.

²⁴ Ainda conforme CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 190 a 192.

²⁵ Conforme PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. Ob. cit., p. 29. No mesmo sentido MARSH, A. H., Ob. cit., p. 2.

²⁶ LANGBEIN, John H.; LERNER, René L.; e SMITH, Bruce P. Ob. Cit., pp. 18 e

modelo muito próximo àquele hoje denominado de “inquisitório” continental, pois exigiam das pessoas que delatassem todo delito que porventura tivesse ocorrido em cada região por eles visitada²⁷. Nos casos de flagrante – *hue and cry* – a pessoa era julgada sumariamente, sem direito sequer a se autodefender e era executada imediatamente²⁸.

Quanto aos júris, o detalhe “inquisitório” residia no fato de que eram compostos por pessoas que já conheciam o caso, vizinhos do autor do delito ou da vítima, verdadeiras testemunhas, razão pela qual nem de longe representavam garantia de imparcialidade e igualdade²⁹. Estes jurados, inclusive, muitas vezes estavam de olho no patrimônio do condenado que seria confiscado após a execução de sua sentença de morte, circunstância que reforçava o medo da população em ser julgada pelo júri³⁰.

Seria possível ponderar, de outra sorte, que se submeter ao júri era facultativo. Porém, quem recusava o julgamento pelo júri, fazendo-o pela vigésima-primeira vez (somente era admitido realizar vinte recusas à composição do júri³¹) era compelido a sofrer *peine fort et dure*, isto é, estando preso preventivamente era obrigado a deitar-se nú no chão da masmorra, com pedras pesadas sobre o peito, até mudar de ideia. Ou seja:

19. No mesmo sentido, dentre outros, vide também CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 172.

²⁷ MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 58.

²⁸ LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P. Ob. cit., pp. 21 e ss. E também: POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic Willian. *The History of English Law Before the Time of Eduard I*. Volume I, Indianapolis: Liberty Fund, p. 588 e ss., obra digitalizada e publicada na internet na página <http://files/libertyfund.org>, acesso em 03.03. 2013.

²⁹ LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law*. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 539, 1973, pp. 313-335, artigo digitalizado e publicado na internet na página http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/539, acesso em 20.02. 2013. No mesmo sentido, dentre outros, vide: MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 56.

³⁰ MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 61.

³¹ BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 285.

não havia como, na prática, evitar o julgamento dos jurados/testemunhas³². Esta prática da *peine fort et dure* somente foi abolida da Inglaterra em 1772, sendo, porém, substituída por uma lei tão “inquisitorial” quanto o sofrimento imposto pela *peine fort et dure*. De fato, naquele ano o *Statute 12*, de George III, estabeleceu que, em substituição ao modelo de *peine fort et dure*, se o acusado de um crime fosse silenciar e não desejasse se submeter ao júri seria desde logo considerado culpado³³. Dizia o texto deste Estatuto:

12 George III, c. 20 – Um ato para o mais eficaz procedimento contra pessoas que silenciam diante da acusação que lhe fazem de ter cometido crime ou pirataria.

Para o mais eficaz procedimento contra pessoas que silenciam diante da acusação que lhe fazem de ter cometido crime ou pirataria, é promulgado pela sua mais excelente Magestade do Rei, por e com o conselho e consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, e pelos Comuns, nesta atual Assembleia do Parlamento, e também pela mesma autoridade, Que se alguma pessoa, antes e depois do presente ato, for indiciada ou acusada de algum crime, ou indiciada por pirataria, e resolva, diante desta acusação, permanecer em silêncio, ou não responder diretamente pelo crime, ou pirataria, esta pessoa, assim permanecendo em silêncio, como acima mencionado, deve ser condenada pelo crime ou pirataria de que foi acusada; e a Corte perante a qual ela foi antes acusada, deve, logo em seguida, sentenciar e executar esta pessoa, da mesma forma que se esta pessoa tivesse sido condenada por um veredicto ou pela confissão do crime ou da pirataria pelo qual foi acusada; e esta sentença deve ter as mesmas consequências em todos os aspectos como se esta pessoa tivesse sido condenada por um veredicto ou pela confissão des-

³² MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C.. Ob. cit., p. 60. No mesmo sentido, dentre outros: LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Régime*. Chicago: University of Chicago Press, 1977, pp. 74 e ss..

³³ EVANS, Willian David. *A collection of statutes connected with the general administration of the Law*, Vol. 6, London: Thomas Blenkarnp, 1836, p. 273, obra digitalizada e encontrada na internet na página www.books.google.com, acesso em 04.03. 2013.

te crime ou desta pirataria, e o julgamento, logo após a sentença tenha sido proferida.

*II. E tão logo seja promulgada, que as provisões deste Ato sejam extendidas para as colônias e plantações de Sua Magestade na América.*³⁴

Finalmente, em 1827, através do chamado *Peel's Criminal Law Act*, os ingleses passaram a admitir uma declaração de “não culpado” também para quem se recusasse a submeter-se ao júri³⁵.

Retornando à idade média, para solução de alguns casos o rei expedia ordens denominadas *writs*, muitas vezes apenas reforçando as tradições do povo já que ele era um estrangeiro (sequer falava inglês³⁶). Essas ordens passaram a servir de precedentes, dando início ao modo de criação do direito na *common law*, documentados nos chamados *Year Books*³⁷. Dessa

³⁴ Tradução nossa. No original, em inglês: *12 George III. C. 20 – An Act for the more effectual proceeding against Persons standing Mute on their Arraignment for Felony or Piracy. For the more effectual proceeding against persons standing mute on their arraignment for felony, or piracy, be it enacted by the King's most excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and any by the authority of the same, That if any person, from and after the passing of this Act, being arraigned on any indictment, or appeal for felony, or on any indictment for piracy, shall upon such arraignment, stand mute, or will not answer directly to the felony, or piracy, such person so standing mute, as aforesaid, shall be convicted of felony or piracy charged in such indictment or appeal; and the court before whom he shall be so arraigned shall thereupon award judgement and execution against such person, in the same manner as if such person had been convicted by verdict or confession of the felony or piracy charged in such indictment or appeal; and such judgement shall have all the same consequences in every respect as if such person had been convicted by verdict or confession of such felony or piracy, and judgement had been thereupon awarded. II. And be it further enacted, That the provisions of this Act shall extend to his Majesty's colonies and plantations in America.*

³⁵ BENTLEY, David. *English Criminal Justice in the Nineteenth Century*. London: The Hambledon Press, 1998, p. 138. No mesmo sentido, dentre outros, vide também LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P. Ob. cit., p. 62.

³⁶ Segundo ARRUDA, José Jobson de A. *História Antiga e Medieval*, 3ª ed., São Paulo: Ática, 1979, p. 454 e DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 358.

³⁷ LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 179

análise é possível extrair outro dado concreto que se estabeleceu no direito inglês em contraposição ao direito europeu-continental da época: a preferência às regras de processo, consagrada na parêmia *remedies precede rights*³⁸.

Henrique II procurou, assim, afastar aos poucos a justiça mediante ordálias³⁹ e resgatar o modelo de justiça de seu avô, Guilherme I, melhorando-o com a participação popular na iniciativa e coleta de provas, com a implantação da *Assize*⁴⁰ of *Clarendon*, em 1166⁴¹, que criava uma *inquest*, ou seja, um “inquérito” a ser conduzido por “doze homens mais instruídos nas leis, dentre os cem homens de cada distrito, sob juramento de falar a verdade”⁴². Os *jurors* (“jurados”), isto é, “aqueles

e ss.. No mesmo sentido: PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. Ob. cit., p. 30.

³⁸ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363 e 364.

³⁹ LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 29, explicam que as ordálias eram usadas nos casos de crimes graves, onde a solução do caso se dava, em grande parte, por duelos no modelo de processo chamado *Appeal of Felony*. Vide também: PATETA, Federico. *Le Ordalie: studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1890, pp. 164 e ss., obra digitalizada e publicada em www.books.google.com, acesso em 11.11.2011. Vide, ainda, dentre outros: GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 214. A abolição das ordálias somente vai se concretizar com o IV Concílio de Latrão, em 1215.

⁴⁰ Segundo LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 37, a palavra “Assize” tem vários significados, sendo que ela deriva do verbo francês: “*s’asseoir*”, ou seja: “sentar”.

⁴¹ *Assize of Clarendon, 1166*. Texto integral e original, em inglês, encontra-se na internet em www.avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp, acesso em 04.03.2013. Neste texto, porém, ainda são mantidas algumas regras de julgamento por Ordálias, como se vê do segundo parágrafo: *And he who shall be found through the oath of the aforesaid persons to have been charged or published as being a robber, or murderer, or thief, or a receiver of them, since the lord king has been king, shall be taken and shall go to the ordeal of water, and shall swear that he was not a robber or murderer or thief or receiver of them since the lord king has been king, to the extent of five shillings as far as he knows.*

⁴² Tradução nossa. No original, em inglês, o texto completo do primeiro parágrafo do regramento de Henrique II: *In the first place the aforesaid king Henry, by the counsel of all his barons, for the preservation of peace and the observing of justice, has decreed that an inquest shall be made throughout the separate counties, and*

que juraram”, formavam, então, uma espécie de júri de acusação, substituindo o modelo de acusação privada da vítima⁴³. A respeito desse modelo de processo Churchill apresenta o seguinte relato⁴⁴:

O primeiro princípio de sua política precisava ser o de atrair causas para seus tribunais e não de obrigá-las a chegar lá. Era necessária uma isca para atrair os litigantes aos tribunais reais; o rei devia oferecer-lhes justiça melhor do que aquela que obtinham das mãos de seus lordes. Por esse motivo, Henrique pôs à disposição dos litigantes nos tribunais reais um processo que para eles era novo – julgamento por Júri. “Regale quoddam beneficium”, chamou-o um contemporâneo – uma dádiva real. E a expressão esclarece tanto a origem do júri como o papel por ele desempenhado no triunfo do Direito Comum. Henrique não inventou o júri; deu-lhe uma nova finalidade.

(...)

O processo é obscuro. Um júri convocado de regiões distantes para reunir-se em Westminster poderia relutar em comparecer. A viagem era longa, as estradas inseguras, e talvez três ou quatro chegassem. O tribunal não podia esperar. Um adiamento seria dispendioso. A fim de evitar demora e despesa, as partes podiam concordar em confiar num júri de “circumstantibus”, um júri de circunstâncias. Os poucos jurados que conheciam a verdade da questão contariam sua história aos circunstâncias e, em seguida, todo o corpo proferiria seu veredicto.

O que se percebe, portanto, é que o modelo processual penal até então está muito distante do que a doutrina hoje considera como sendo “acusatório”. E, não obstante passe por momentos mais dignos com a Magna Carta, como se verá,

throughout the separate hundreds, through twelve of the more lawful men of the hundred, and through four of the more lawful men of each township, upon oath that they will speak the truth: whether in their hundred or in their township there be any man who, since the lord king has been king, has been charged or published as being a robber or murderer or thief; or any one who is a harbourer of robbers or murderers or thieves. And the Justices shall make this inquest by themselves, and the sheriffs by themselves.

⁴³ LANGBEIN, John H.; LERNER, René L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 38.

⁴⁴ CHURCHILL, Winston S.. Ob Cit.. p. 210, 211 e 214.

pouco mudará na sequencia.

4. A *MAGNA CARTA* E OS MODELOS DE JUSTIÇA QUE SE SEGUIRAM.

Com a morte de Henrique II em 03 de setembro de 1189⁴⁵, seus filhos ingratos⁴⁶ assumem o poder, a iniciar pelo famoso Rei Ricardo I, apelidado Coração de Leão em decorrência da conduta sanguinária demonstrada numa das Cruzadas à Jerusalém, mas reconhecido – assim como seu pai – como um bom rei para seus súditos, seguido pelo seu irmão caçula, o Rei João, denominado Sem Terra⁴⁷. Este, não obstante tenha traído e litigado com o próprio irmão (que passou longo período fora do país, seja lutando nas Cruzadas, seja prisioneiro na Alemanha), conseguiu, ao final da vida de Ricardo, ser por ele perdoado e estabelecer um discurso afinado com o reinado de Ricardo Coração de Leão⁴⁸.

No entanto, após ser coroado, João Sem Terra voltou a deixar prevalecer sua personalidade de tirano, tendo rompido relações com o Clero, expulsando todos os padres da Inglaterra e confiscando todas as suas propriedades bem como as rendas eclesiásticas, a ponto de ser excomungado pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209, situação que o impulsionou a impor elevados tributos aos súditos, extorquindo o dinheiro dos judeus ingleses, prendendo-os e torturando-os, tudo visando recompor

⁴⁵ Conforme HINDLEY, Geoffrey. *A Brief History of The Magna Charta: the story of the origins of liberty*. Philadelphia: Running Press Book Publishers, 2008, p. 03.

⁴⁶ Os historiadores relatam inúmeros comportamentos indignos dos filhos de Henrique II para com ele, chegando mesmo a tramar por mais de uma vez a tomada do trono inglês. Vide, por exemplo, o relato detalhado de LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 30 a 33.

⁴⁷ O apelido é decorrência de não ter recebido propriedades em herança, em razão de ser o irmão caçula e do que disciplinava o direito sucessório inglês da época.

⁴⁸ Conforme TWISS, Miranda. *Os Mais Perversos da História*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Planeta do Brasil, 2004, p. 66 e ss.

seus exércitos⁴⁹.

Nesse período, por óbvio, não é possível enxergar qualquer arremedo de um pretensão “sistema acusatório”. Toda essa insurgência provocou a reação dos Barões ingleses e do próprio Clero, que acenaram com a possibilidade de depô-lo do reinado. Essa insatisfação encontra seu momento crucial no dia 24 de maio de 1215, quando os Barões ingleses reunidos em exército, marcham sobre Londres, conseguindo grande adesão popular. Assim, no dia 15 de junho do mesmo ano, o Rei João Sem Terra, após relutar por algumas vezes, cede aos interesses dos Barões e consente em assinar o documento que ficou denominado *Articles of the Barons*, o qual serviu de base para a redação da *Magna Charta Libertatum*.⁵⁰

A Magna Carta foi um documento elaborado pelos Barões ingleses, escrito originariamente em latim, o quanto vinha a dificultar sua compreensão pelo povo, e que procurava preservar primordialmente os interesses dos próprios Barões. Como sintetiza Brenda Ralph Lewis: “Esta não era uma declaração de liberdades democráticas, como por vezes é referida, mas um tratado dos direitos e privilégios dos Barões”⁵¹. No mesmo sentido é a percepção de Geoffrey Hindley⁵², para quem a Magna Carta seria muito mais uma questão de dinheiro do que a ideia de liberdade que anos mais tarde lhe foi atribuída. Essa preocupação dos Barões em impor um limite ao poder do rei veio delineada ao final da Magna Carta, em seu artigo 61, quando se estabeleceu um Conselho de 25 (vinte e cinco) Barões para controlar o Rei e fazê-lo obedecer e cumprir com o estabelecido no referido documento. O texto é o seguinte:

⁴⁹ TWISS, Miranda. Ob. cit., p. 74 e ss..

⁵⁰ Segundo informa LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 22-26; CHURCHILL, Winston S.. Ob. cit., p. 240; e também TWISS, Miranda. Ob. cit., p. 72 e ss..

⁵¹ LEWIS, Brenda Ralph. Ob. cit., pp. 43 e 44. Tradução nossa. No original, em inglês: *This was not a declaration of democratic liberties, as is often thought, but a statement of de barons' rights and privileges.*

⁵² HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., p. 55.

CONSIDERANDO QUE GARANTIMOS TODAS ESSAS COISAS por Deus, para o bem do reino e para amenizar a discórdia que havia entre nós e os nossos Barões, e considerando que desejamos que possam gozar de tudo o que referimos, de forma duradoura e para sempre, concedemos e aceitamos aos Barões as seguintes garantias:

Os Barões podem eleger vinte e cinco de seus pares para manter e mandar observar, a paz e as liberdades a eles garantidas e confirmadas por esta Carta;

Se nós, nosso Chefe de Justiça, nossos Oficiais, ou qualquer outro servidor, em qualquer circunstância deixarmos de respeitar qualquer homem, ou transgredirmos esses artigos de paz e de garantias, e da ofensa for dado conhecimento a quatro dos vinte e cinco Barões, eles peticionarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para o Chefe de Justiça, para informar sobre a reclamação e exigir imediata solução. Se nós, ou em nossa ausência o Chefe de Justiça, não dermos solução para o caso em quarenta dias, contados do dia em que a ofensa foi comunicada a nós ou a ele, os quatro Barões devem apresentar o problema ao restante dos vinte e cinco Barões, os quais poderão nos embargar e nos incomodar de qualquer forma possível, com o apoio da comunidade da terra, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades, ou qualquer outra coisa, preservando apenas a nossa pessoa, nossa Rainha e os nossos filhos, até que satisfaçam sua pretensão. Tão logo tenha havido a reparação, eles deverão retornar a nos obedecer normalmente.

Qualquer homem que deseje poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco Barões com a mesma finalidade; e unir-se a eles para nos atacar como demonstração de seu poder. Nós damos pública e plena permissão para quem deseje prestar tal juramento e, em nenhum momento proibiremos alguém de assim agir. Aliás, nós compeliaremos todos que nos sejam sujeitos a também jurar da mesma forma, ao nosso comando.⁵³

⁵³ Texto original da Magna Carta extraído do site “The British Library”, acesso em 28.01.04. <http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>. Tradução nossa. No original, em inglês: *SINCE WE HAVE GRANTED ALL THESE THINGS for God, for the better ordering of our kingdom, and to allay the discord that has arisen between us and our barons, and since we desire that they shall be enjoyed in their entirety, with lasting strength, for ever, we give and grant to the barons the*

Vê-se, aqui, o marco inaugural do futuro Parlamento inglês, identificando, também, um arremedo de duplo grau de jurisdição, haja vista a possibilidade de quatro dos vinte e cinco Barões formularem acusações perante o Rei ou, na sua falta ao Chefe da Justiça, sempre com a possibilidade de haver um grau recursal aos demais Barões. No mesmo sentido também foi assegurado o direito de qualquer cidadão inglês se insurgir contra arbítrios do Rei ou contra a violação de seus direitos por qualquer outra pessoa, peticionando neste sentido ao próprio Rei, ao Chefe de Justiça ou mesmo ao referido Conselho.

A Carta era originalmente composta de 63 artigos, muitos dos quais tratando de aspectos da vida medieval de então, regulando a cobrança de impostos, direitos sucessórios relacionados com dívidas com judeus, proibição de pesca, padronização de pesos e medidas, direitos de viúvas de não se casar novamente, dentre outros⁵⁴.

No que concerne aos aspectos processuais penais, além

following security: The barons shall elect twenty-five of their number to keep, and cause to be observed with all their might, the peace and liberties granted and confirmed to them by this charter. If we, our chief justice, our officials, or any of our servants offend in any respect against any man, or transgress any of the articles of the peace or of this security, and the offence is made known to four of the said twenty-five barons, they shall come to us – or in our absence from the kingdom to the chief justice – to declare it and claim immediate redress. If we, or in our absence abroad the chief justice, make no redress within forty days, reckoning from the day on which the offence was declared to us or to him, the four barons shall refer the matter to the rest of the twenty-five barons, who may distrain upon and assail us in every way possible, with the support of the whole community of the land, by seizing our castles, lands, possessions, or anything else saving only our own person and those of the queen and our children, until they have secured such redress as they have determined upon. Having secured the redress, they may then resume their normal obedience to us. Any man who so desires may take an oath to obey the commands of the twenty-five barons for the achievement of these ends, and to join with them in assailing us to the utmost of his power. We give public and free permission to take this oath to any man who so desires, and at no time will we prohibit any man from taking it. Indeed, we will compel any of our subjects who are unwilling to take it to swear it at our command.

⁵⁴ Conforme texto original referido por COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e ss.

de assegurar o direito de ir e vir (artigos 41 e 42) e o acesso à Justiça a todos (artigo 40), bem como estabelecer o princípio da proporcionalidade entre crime e sanção (artigos 20 e 21) e indicar como condição da ação aquilo que hoje Afrânio Silva Jardim⁵⁵ sintetizou como “justa causa”, ou seja, exigir elementos probatórios preliminares à acusação (artigo 38), e também proibir que alguém seja preso pela prática de homicídio quando acusado por mulher (exceto quando o morto for seu marido), revelando que por outros motivos era possível a prisão cautelar (artigo 54), destaca-se o artigo 39, embrião da ideia do devido processo legal, cujo texto vem assim produzido:

*Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de seus direitos ou sua terra, ou posto fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo destruído, nem lhe será imposta força ou enviado outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.*⁵⁶

O problema é que o Rei João nunca cumpriu efetivamente o quanto contido na Magna Carta, iniciando nova guerra civil logo em seguida⁵⁷.

Com a morte do Rei João (19 de outubro de 1216), assumiu o trono seu filho Henrique III⁵⁸ e, no ano de 1225, a Magna Carta passou por revisão, editando-se um novo texto, com a redução dos artigos de 63 para 37. Como sintetiza Churchill: “nos cem anos seguintes, foi revigorada trinta e oito vezes, a princípio com algumas alterações substanciais, mas conservando suas características originais”⁵⁹, destacando-se, ao seu lado,

⁵⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.166 e 167.

⁵⁶ Texto original da Magna Carta extraído do site “The British Library”, acesso em 28.01.04. <http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>. No original, em inglês: *No free men shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*

⁵⁷ HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., pp. 245 e ss..

⁵⁸ HINDLEY, Geoffrey. Ob. cit., p. 249.

⁵⁹ CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 240. No mesmo sentido, LIMA, Maria

o *Statute of Westminster II*, em 1285⁶⁰.

No que diz respeito ao julgamento pelo júri o que se tem é um paulatino incremento da produção de provas testemunhais, particularmente quando os jurados não conheciam o caso e não podiam valer-se do próprio testemunho para proferir o veredicto. É importante considerar que a admissão de testemunhos de terceiros, ocorreu de forma absolutamente lenta, não planejada, conforme relatam Maitland e Montague e, somente por volta do século XV, é possível dizer que esta prática de certa forma estava consolidada⁶¹. O mesmo se diga da exigência de uma decisão unânime pelos jurados, para condenar, que se concretizou apenas por volta do século XIV⁶². A utilização deste modelo, no entanto, não aconteceu de forma pura e plena e durou pouco tempo, como se passa a expor.

De fato, diferente do que muitos autores de visão reducionista pensam, como já destacado, o direito inglês não teve curso linear e perene, estando presentes diversos períodos onde os modelos processuais estavam muito mais próximos daquilo que se rotulou chamar de “inquisitório”. Mesmo nos séculos XIII (com maior frequência até 1294) e XIV (de forma mais esporádica até 1330), o júri era vinculado aos julgamentos pelas *Eyres Courts*, isto é, por cortes itinerantes do Rei que, uma vez ao ano, percorriam as localidades inquirindo, tomando conhecimento dos casos criminais mais graves e proferindo decisões. O júri, portanto, servia de júri de acusação. Os jurados eram os vizinhos do caso que acusavam o suspeito. Ou seja: quem instruía estas cortes eram os jurados, que serviam de acu-

Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 36.

⁶⁰ Sobre sua importância histórica vide GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 4ª ed., tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 219.

⁶¹ MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 57. No mesmo sentido LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 210 e ss..

⁶² LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., p. 73.

sadores e testemunhas do caso. Muito parecido com as devassas inquisitórias da Igreja Católica na Europa continental, digase. Esse modelo também era ladeado, nos delitos menos graves, de julgamentos semestrais pelas “*sheriff’s tourn*”, onde o *sheriff* presidia e decidia. Os *sheriffs* também prendiam preventivamente aqueles suspeitos de crimes mais graves até a chegada das *Eyres Courts*, que realizavam a chamada *jail-delivery*, isto é, retiravam todas as pessoas da cadeia e procediam seus julgamentos⁶³.

5. A PESTE NEGRA E O MODELO DE *EQUITY* DOS TUDORS: SEGUE O “INQUISITORIALISMO” INGLÊS.

A peste negra (*black death*) que infestou a Inglaterra nos anos 1348 e 1349 e provocou a morte de boa parte da população, acabou tendo um papel decisivo para a não solidificação do modelo de júri, haja vista que com falta de pessoas capazes, dispostas e em número suficiente de servirem como jurados, a realização dos júris ficou bastante prejudicada⁶⁴. Nesta época também haviam muitas acusações feitas por motivos pessoais, vinganças mesmo. A situação exigiu do Rei Eduardo III a edição de diplomas legais que, num primeiro momento tentaram restabelecer a necessidade de somente admitir-se a acusação quando formulada por um júri de vizinhos do caso (*Statute of 1352*)⁶⁵. Porém, com a referida dificuldade de formação dos júris, o Rei acabou criando a figura dos Juizes de Paz (*Justices*

⁶³ Conforme, dentre outros, LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 210 e ss.

⁶⁴ Vide, por exemplo, PALMER, Robert C.. *English Law in The Age of Black Death: 1348-1381. A Transformation of Governance and Law*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2001, pp. 12 e ss.. No mesmo sentido: LANGBEIN, John H. *The Origins of the Adversary Criminal Trial*. Ob. cit., p. 64. E também: LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 224 e ss..

⁶⁵ LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée L.; e SMITH, Bruce P.. Ob. cit., pp. 217 e ss..

of the Peace), num modelo que hoje poderia ser também rotulado de “inquisitório”, já que o Juiz de Paz realizava tudo sozinho, como se vê do texto do *Justices of the Peace Act 1361*⁶⁶:

*Primeiro, que em cada Condado da Inglaterra a manutenção da Paz deve ser atribuída a um Lorde, e com ele três ou quatro dos mais dignos do Condado, com alguns que conheçam o Direito, e eles devem ter o Poder para reprimir os Criminosos, os Desordeiros, e todos os Caluniadores, e também para busca-los, prendê-los, leva-los, e castiga-los em razão de suas Transgressões ou Ofensas; e para fazer com que sejam aprisionados e devidamente punidos de acordo com a Lei e os Costumes do Reino, e de acordo com o que lhes parecer melhor fazer por sua discricionariedade e bom aconselhamento; e para levar e prender todos aqueles que eles possam encontrar por indiciamento ou suspeita e colocá-los na prisão; e tomar de todos os que não sejam de boa fama, onde quer que se encontrem, garantia e fiança suficiente de seu bom comportamento perante o Rei e seu Povo; e a outros punir devidamente; com a intenção de que nem o povo, nem os comerciantes, nem as estradas do reino sejam incomodadas ou prejudicadas por esses desordeiros ou rebeldes, nem a paz seja maculada ou colocada em perigo por tais infratores.*⁶⁷

Ou seja: a peste negra exigiu posturas mais coercitivas por parte do Rei, que visou com isso manter o *status quo ante*

⁶⁶ *Justices of the Peace Act 1361*. Texto original digitalizado em www.legislation.gov.uk, acesso em 06.03.2012.

⁶⁷ Tradução nossa. No original, em inglês: *First, That in every County of England shall be assigned for the keeping of the Peace, one Lord, and with him three or four of the most worthy in the County, with some learned in the Law, and they shall have Power to restrain the Offenders, Rioters, and all other Barators, and to pursue, arrest, take, and chastise them according their Trespass or Offence; and to cause them to be imprisoned and duly punished according to the Law and Customs of the Realm, and according to that which to them shall seem best to do by their Discretions and good Advisement; ; and to take and arrest all those that they may find by Indictment, or by Suspicion, and to put them in Prison; and to take of all them that be not of good Fame, where they shall be found, sufficient Surety and Mainprise of their good Behaviour towards the King and his People, and the other duly to punish; to the Intent that the People be not by such Rioters or Rebels troubled nor endamaged, nor the Peace blemished, nor Merchants nor other passing by the Highways of the Realm disturbed, nor put in the Peril which may happen of such Offenders.*

diante do caos provocado pela praga o que, aliado à ascensão da dinastia dos Tudors, decorrência da “Guerra das Rosas” (1455 a 1485)⁶⁸, colaborou para o paulatino abandono do modelo de júri, culminando com a adoção de outro modelo de processo muito mais próximo daquele rotulado de “inquisitório”.

Assim, a partir de 1529, com Henrique VIII como Rei, o modelo processual passou a ser denominado *equity* e era paudado na “jurisdição do Chanceler”, aproximando-se muito do modelo inquisitorial da Igreja Católica, como destaca René David⁶⁹. Esclarecendo precisamente a mecânica processual, Maitlant⁷⁰ descreve que o Chanceler do rei era quem inquiria as partes e decidia o caso que lhe era trazido, ou seja: ao concentrar as funções de gestor da prova e julgador, o modelo processual inglês daquele tempo revela-se aos olhos de hoje como “inquisitório”. Helmholtz também anota que nesse modelo processual penal os Tudors adotaram a exigência de o acusado submeter-se ao juramento de falar a verdade (*ex officio oath de veritate dicenda*) o que, por evidente, facilitava sua condenação⁷¹. O julgamento ainda era “vexatório, brutal e essencial-

⁶⁸ A “Guerra das Rosas” é decorrência da disputa de duas famílias sucessoras do Rei Eduardo III, a Família de York (que tinha como símbolo uma rosa branca) e a família de Lancaster (que tinha como símbolo uma rosa vermelha). Após sucessivas batalhas por longos trinta anos, nenhuma das duas famílias saiu-se definitivamente vitoriosa, tendo cedido o trono da Inglaterra a Henrique Tudor (depois Henrique VII), dando início à dinastia dos Tudors. Sobre a Guerra das Rosas vide CHURCHILL, Winston S. Ob. cit., p. 397 e ss..

⁶⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372. A esse respeito também refere LOON, Hendrik Willem Van. *A História da Humanidade*, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 283 e ss..

⁷⁰ MAITLANT, Frederick William. *Equity: a course of lectures*. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 1936, reimpresso em 1969 e 2011, p. 5.

⁷¹ HELMHOLTZ, R. H.. *The privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century*. In: *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 18. E, também, HELMHOLTZ, R. H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 2010, pp. 155 e ss. No mesmo sentido: MARSH, A. H. Ob. cit.,

mente breve”, nas palavras de J.S. Cockburn, que refere ao fato de que, em apenas um dia, no ano de 1620, um único juiz, foi capaz de julgar cinquenta casos⁷². Mesmo a tortura para extrair confissões por vezes acontecia⁷³. Para uma visão global do modelo processual de então, Stephan Landsman⁷⁴ descreve as características do julgamento nos seguintes termos:

*O advogado raramente participava; se é que havia alguma, eram poucas as regras probatórias numa investigação limitada; juízes rotineiramente examinando testemunhas e acusados, de maneira muito vigorosa e, por vezes, implacável; somente as testemunhas de acusação eram autorizadas a falar sob juramento e, assim, aumentar a credibilidade de seus depoimentos; os jurados eram livres para usar o conhecimento privado adquirido fora dos limites da Corte; juízes frequentemente introduziam suas visões políticas nos procedimentos e não havia recurso de apelação.*⁷⁵

Como se vê, novamente, de um “inquisitorialismo” marcante.

6. TENTATIVAS “ACUSATÓRIAS”, A *BILL OF RIGHTS* PÓS “REVOLUÇÃO GLORIOSA” E A LIMITAÇÃO DAS

p. 50. No mesmo sentido: MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., pp. 118 e 125.

⁷² COCKBURN, J. S. *A History of the English Assizes – 1558-1714*. London: Cambridge University Press, 1972, p. 109.

⁷³ MAITLAND, Frederic Willian. MONTAGUE, Francis C. Ob. cit., p. 118. No mesmo sentido: MCWILAIN, John. *Dungeons & Torture*. London: Pitkin Publications, 1998, pp. 12 e ss.. E também LANGBEIN, John H.; LERNER, René L.; e SMITH, Bruce P., Ob. cit., pp. 74 e 76.

⁷⁴ LANDSMAN, Stephan. *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*. In: *Cornell Law Review*, 75, 1989-1990, pp. 497-609.

⁷⁵ Tradução nossa. No original, em inglês: “*Counsel seldom participated, few, if any, rules of evidence constrained enquiry, judges routinely examined witnesses and defendants in the most vigorous, and at times ruthless, manner, only prosecution witnesses were allowed to swear testimonial oaths and thereby enhance the credibility of their statements, jurors were free to utilize private knowledge gained outside the confines of the courtroom, judges frequently introduced their political views into proceedings, and there was virtually no appellate procedure.*” (LANDSMAN, Stephan. Ob. cit., pp. 498 e 499).

FONTES DE PESQUISA.

Passada a turbulência dos Tudors, não cessou o modo de abusar na condução dos processos, principalmente naqueles casos considerados de traição. A ausência de efetivas garantias gerava revoltas na população que vieram desembocar em novas tentativas de implementação de modelos processuais menos severos. Assim, outros documentos dos setecentos acabam sendo representativos da visão processual chamada de “acusatória”, valendo destacar a *Petition of Rights*, em 1628, elaborada pelo Parlamento inglês para literalmente “lembrar” o Rei Carlos I, da Casa dos Stuarts, dos direitos dos cidadãos estabelecidos desde a Magna Carta de João Sem Terra. Como resposta o Rei determina o fechamento do Parlamento por onze anos, provocando uma revolta popular que conduziu a Inglaterra a um curto período republicano, sob o governo de Oliver Cromwell⁷⁶. Em seguida, retomado o modelo monárquico e decorrência de inúmeras prisões arbitrárias que vinham se sucedendo, já sob o reinado de Carlos II, em 1679, foi editado o *Habbeas Corpus Act*, praticamente reforçando o direito de ir e vir, que já estava consignado na Magna Carta de 1215⁷⁷, não obstante tal documento tenha, aqui, procurado mais preservar o direito hierárquico do rei, evitando que prisões determinadas por subalternos ou por outras Cortes o desagradassem, do que propriamente garantir remédio contra abusos de qualquer ordem⁷⁸.

⁷⁶ CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003, p. 188 e ss. e HELMHOLZ, R. H.. *The privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century*. In: *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 19.

⁷⁷ E também, em outros tempos, por institutos similares, a exemplo da ordem de *mainprize*, do *writ de odio et atia* e do *writ de homine replegiando*, como detalha MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus. Tomo I*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999, pp. 76 e ss..

⁷⁸ Conforme CASTRO, Flávia Lages de. Ob. cit., p. 193.

O detalhe importante nessa longa história da Inglaterra é que o Parlamento inglês, cuja Câmara dos Lordes, como dito, teve origem primitiva com a Magna Carta, acabou sobrevivendo às trocas de governo, mesmo travando constantes embates com os governantes. O Parlamento, inclusive, desencadeou novo processo sucessório forçado (a famosa *Glorious Revolution*, como ficou conhecida), tramando a destituição do rei Jaime II, irmão de Carlos II e entregando o trono ao rei Guilherme de Orange, com o propósito de a Inglaterra vir, finalmente, a ser governada de fato pelo Parlamento⁷⁹, sintetizada no discurso de que “o rei reina, mas não governa”, concretizado com a edição de novo documento, intitulado *Bill of Rights*, em 1689⁸⁰.

Mesmo nesse período o direito processual penal era fortemente baseado em regras que lembram muito mais o que se rotulou como “inquisitório” do que propriamente um processo dito “acusatório”. Interessante anotar que durante muito tempo os próprios ingleses acreditaram que seu modelo de processo penal teria sido construído, particularmente a partir do século XVII, linearmente num universo de garantias processuais plenas. Essa análise somente se revelou falsa a partir da década de 1970, quando novas fontes de pesquisa vieram à tona, como precisamente demonstrou John Langbein⁸¹.

De fato, os historiadores ingleses do século XIX e primeira metade do século XX⁸², que construíram essa ideia de

⁷⁹ LOON, Hendrik Willem Van. *A História da Humanidade*, tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 292 e ss..

⁸⁰ CASTRO, Flávia Lages de. Ob. cit., p. 194 e ss.; e LOON, Hendrik Willem Van. Ob. cit., p. 294.

⁸¹ LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: *The University of Chicago Law Review*. Vol. 45, number 2, winter 1978, pp. 263-316.

⁸² Conforme refere LANGBEIN, John. Ob. cit., p. 265, tradução nossa: “J. F. Stephen (*A History of the Criminal Law of England*, 1883, 3 vols.) e J. H. Wigmore (*A Treasure on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., de 1940, 10 volumes), cujos pioneirismos na educação ainda residem na fundação do moderno modo de pensar sobre a história dos julgamentos criminais, baseiam seu trabalho esmagadoramente sobre os State Trials, assim como fez W.S. Holdsworth (*A History of English Law*, 1922-1966, 16 vols.), que os seguiu em sua

um processo de garantias no imaginário comum inglês, pautaram suas análises com forte embasamento nos chamados *State Trials*, que eram os documentos que registravam os principais julgamentos da Corte inglesa, cuja primeira edição publicada é do século XVII, e eram circunscritos quase que exclusivamente aos crimes políticos, de traição contra a Coroa, onde algumas garantias foram formalmente dadas aos acusados, pois estes pertenciam, geralmente, à nobreza (v.g. Thomas More e Walter Raleigh). Mesmo nos registros dos *States Trials* algumas garantias somente apareceram de forma tardia, a exemplo do direito a um advogado de defesa para os acusados de traição, que se concretizou em 1696, com o *Trials for Treason Act*⁸³, em decorrência das reclamações dos nobres quando da condenação de pessoas por eles consideradas inocentes nos casos de traição conhecidos por *Popish Plot* (1678), *Rye House Plot* (1683) e *Monmouth's Rebellion* (1685)⁸⁴.

No entanto, como se dizia, os historiadores ingleses deixaram de analisar como se dava a justiça criminal cotidiana, até porque não dispunham de outras fontes de pesquisa que lhes permitissem ter segurança nessa análise. Construíram, portanto, um discurso que generalizou o modelo de justiça criminal encontrado nos *State Trials*, como se ele fosse a regra. Descobriu-se depois que o cenário predominante na justiça criminal inglesa era bem diferente dos casos revelados nos *State Trials* pós *Trials for Treason Act*. De fato, com a descoberta dos *Old Bailey Session Papers*, ou seja, os livretos que tornavam públicos os julgamentos da Corte de Old Bailey, sediada em Londres (e que julgava também os casos do vizinho Condado de Middlesex), foi possível reescrever o funcionamento da justiça inglesa

história influente.”

⁸³ *Trials for Treason Act, 1696*. In: *English Historical Documents*. London: Routledge, 1996, pp. 89 e ss.. Texto original digitalizado na internet em www.books.google.com, acesso em 07.02.2013.

⁸⁴ LANGBEIN, John H. *The origins of adversarial criminal trial*. New York: Oxford University Press Inc., 2005, p.69.

dos séculos XVII e XVIII, revelando um quadro muito mais próximo do rótulo de inquisitorial do que se pudesse até então imaginar⁸⁵.

7. REESCREVENDO A HISTÓRIA A PARTIR DOS *OLD BAILEY SESSION PAPERS*: “ACUSATÓRIO” OU “INQUISITÓRIO”?

Com a descoberta desta nova fonte de pesquisa – os *Old Bailey Session Papers* – na década de 70 do século XX, foi possível repensar e reconsiderar muito do que se tinha até então de certo no imaginário do direito processual penal inglês.

Para que se tenha ideia dos equívocos que eram difundidos pela doutrina (muitos ainda o são), o direito a ter um advogado de defesa, por exemplo, somente apareceu no cotidiano do processo penal inglês, por volta do ano 1730, e mesmo assim de forma bastante tímida. De acordo com a pesquisa realizada por Beattie⁸⁶, no ano de 1740 apenas 0,5% dos casos contavam com advogados de defesa e, no ano de 1750, apenas 1,1% dos casos. Esses números pouco se alteram nos anos seguintes, oscilando entre 6% (1755) e 2,1% (entre 1770 a 1775). Em 1795 houve um incremento com os casos com a presença de advogados de defesa chegando a 36,6% e em 1800 a 27,9%. De qualquer sorte, a regra, mesmo no início do século XIX, continuava a ser a ausência de uma defesa técnica (cerca de 70% dos casos).

⁸⁵ Conforme LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial before the Lawyers*. In: *The University of Chicago Law Review*. Vol. 45, number 2, winter 1978, p. 265. No mesmo sentido, dentre inúmeros outros autores, destaca-se também a obra de DURSTON, Gregory. *Crime and Justice in Early Modern England 1500-1750*. Chicester: Barry Rose Law Publishers Ltd., 2004, pp. 474 e ss.

⁸⁶ BEATTIE, J. M.. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*. *Law and History Review*, Vol. 9, nº 2, *American Society for Legal History, The Board of Trustees of the University of Illinois, Autumn*, 1991, pp. 221-267. Texto digitalizado na integral em www.jstor.org, acesso em 07.02.2013.

Não bastasse, os registros feitos nos *Old Bailey Session Papers* também permitem afirmar que os julgamentos pelo júri eram feitos em lotes, isto é, um mesmo corpo de jurados julgava diversos casos num único dia. Para ilustrar, Langbein indica que numa sessão de dezembro de 1678, foram instalados dois júris na Corte de Old Bailey, um para os casos de Londres e outro para os casos de Middlesex e “entre eles os dois júris deram veredictos em trinta e dois casos envolvendo trinta e seis acusados em dois dias”⁸⁷.

Os julgamentos também eram conduzidos pelo juiz togado, que além de atuar como gestor da prova, inquirindo diretamente as testemunhas e o acusado⁸⁸, literalmente determinava aos jurados que decisão eles deveriam tomar, inclusive sob pena de multa em caso de desobediência⁸⁹. Fechando o cerco à liberdade dos jurados, os panfletos do *Old Bailey* ainda reve-

⁸⁷ LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 275, tradução nossa. Os casos julgados podem ser consultados nos originais do Old Bailey Session Papers, digitalizados na íntegra, na internet: www.oldbaileyonline.org, acesso em 07.02.2013, *Reference Number*: 16781211.

⁸⁸ LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 285, tradução nossa: *Nos anos que estamos estudando, o juiz dominava o julgamento pelo júri. Nós já mencionamos como, no lugar do advogado, o juiz muitas vezes agia como examinador-chefe, tanto das testemunhas, quanto do acusado. Tanto nessa função de examinador, quanto especialmente quando estava instruindo o júri, o juiz tinha amplo e irrestrito poder de comentar os méritos do caso. Certamente o juiz não tinha a obrigação de tecer comentários sobre as provas, e em muitos casos e ele parecia não se incomodar. Ademais, a maioria dos relatórios do OBSP omitiram muito do que os juízes estavam dizendo aos jurados. Este trabalho interno harmonioso dos julgamentos da corte não interessava ao leitor do OBSP. Não obstante, ao longo dos anos exemplos suficientes foram transcritos sugerindo a gama de comentários judiciais. As observações dos juízes mostram que eles não consideravam o júri como um julgador autônomo. O júri dava sozinho seu veredicto, mas o juiz não hesitava em dizer ao júri como decidir. Nós encontramos o júri rotineiramente seguindo o exemplo do juiz nestes casos.*

⁸⁹ A doutrina inglesa do início do século XIX também percebeu essa influência, destacando inclusive a dificuldade do juiz mudar seu comportamento no júri. Sobre o tema, vide, dentre outros: PHILLIPS, Richard. *On The Power and Duties of Juries and on The Criminal Laws of England*. 2ª ed., London: Sherwood, Neely and Jones, Paternoster-Row, 1813, p. 133. Obra digitalizada e localizada em www.books.google.com, acesso em 05.01.2012.

lam que se os jurados julgassem em desacordo com a orientação do juiz, este poderia determinar que se reunissem novamente e considerassem novos argumentos que ele lançava ou, persistindo a divergência, o juiz recorrida ao rei e mudava a decisão dos jurados⁹⁰. Ademais, os casos em que a prova se mostrasse frágil, ao invés de gerar absolvição, eram suspensos até que se conseguissem novas provas⁹¹. Ou seja: os jurados eram fantoches nas mãos dos magistrados togados que tinham poder absoluto na condução do caso penal. Hoje, a doutrina do “senso comum teórico”, inclusive do “senso-comum-teórico-crítico”, parafraseando o já citado Warat⁹², ao ser apresentada a este quadro, diria, sem pestanejar: inquisitório!

Portanto, é somente a partir do século XIX que os advogados de defesa vão aparecer, paulatinamente, atuando na inquirição das testemunhas. Com o *Prisoner's Counsel Act*, de 1836, o direito a um advogado de defesa passa a ser garantido no processo penal inglês, num primeiro momento apenas para quem pudesse pagar⁹³ e, depois, já no século XX, decorrência do *Poor Prisoner's Defence Act*, de 1903⁹⁴, também para os acusados pobres.

E é pela presença cada vez mais constante dos advogados de defesa que se consolida a ideia da presunção de inocência e do ônus da prova da acusação, referidos por Richard Phillips, em seu *Golden Rules for Jurymen*, de 1813⁹⁵, como algo a ser observado pelos jurados: “Todo homem é presumido inocente até ele ter sido claramente considerado culpado; o ônus da prova de culpa é da acusação e nenhum homem é obrigado, exigido ou esperado a provar sua inocência”⁹⁶.

⁹⁰ LANGBEIN, John H. Ob. cit., p. 296.

⁹¹ LANGBEIN, John H. Ob. cit., pp. 287 e 288.

⁹² WARAT, Luís Alberto. Ob. cit., pp. 48-57.

⁹³ BEATTIE, J. M.. Ob. cit., pp. 250 e ss..

⁹⁴ EMSLEY, Clive. *Crime and Society in England: 1750 – 1900*. 4ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2010, p. 206.

⁹⁵ PHILIPPS, Richard. Ob. cit., p. 385.

⁹⁶ Tradução nossa. No original, em inglês: *Every man is presumed to be innocent till*

No entanto, mesmo com a presença de advogados os julgamentos da maioria dos delitos nos séculos XVIII e XIX continuavam a ser sumários, principalmente depois da aprovação dos *Juvenile Offenders Acts*, de 1847 e de 1850 e dos *Criminal Justice Acts*, de 1855 e de 1879, a ponto de serem realizados por Cortes de Justiça que passaram a ser conhecidas popularmente como *police courts* (cortes policiais)⁹⁷, revelando a dificuldade de implantação prática dos hoje consagrados direitos e garantias dos acusados. Neste mesmo período, muitos dos casos também eram resolvidos por acordos de indenização entre a vítima (ou seu advogado privado: *prosecutor*) e o agressor, inclusive feitos antes do caso chegar à Corte, ainda que os acordos fossem submetidos à posterior aceitação judicial. Outro aspecto interessante dessa época, conforme relata Clive Emsley⁹⁸, é que os *prosecutors* ingleses tinham discricionariedade na definição do delito a ser imputado, inclusive agindo para evitar que o acusado fosse julgado por um delito que lhe aplicasse a pena capital, revelando, de certa forma, a origem do modelo de *plea bargain*.

Não é demais considerar que a adoção do modelo de acusador público (*public prosecutor*) foi discutida na Inglaterra do século XIX e acabou não sendo efetivamente adotada⁹⁹ pelo fato dos ingleses temerem que o Estado pudesse não agir em determinados casos em que a vítima entendesse importante,

he has clearly been proved to be guilty; the onus of the proof of guilt lie, therefore on the accuser; and no man is bound, required or expected to prove his own Innocence.

⁹⁷ Conforme destalha EMSLEY, Clive. Ob. cit., pp. 14 e ss.

⁹⁸ EMSLEY, Clive. Ob. cit., pp. 191 e ss..

⁹⁹ À exceção dos casos de traição nos State Trials, como pontua LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 539, 1973, pp. 313-335*, artigo digitalizado e publicado na internet na página http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/539, acesso em 20.02.2013. Também chegaram a criar um cargo de *Director of Public Prosecutions*, em 1879, que durou trinta anos, mas muito pouco agiu efetivamente (conforme EMSLEY, Clive. Ob. cit., p. 200).

retirando-lhe o direito ao acesso à Justiça.

De outra sorte, a polícia inglesa passou a, lentamente, ocupar esse espaço, já que muitas vítimas não queriam agir sozinhas ou não tinham condições financeiras de contratar um *prosecutor* privado. Por vezes, o próprio *prosecutor* não tinha condições econômicas para suportar o processo¹⁰⁰. Foi somente a partir de 1985, com o *Prosecution of Offenses Act*, que o Ministério Público inglês (*Crown Prosecution Service*) passou a ser melhor organizado, a nível institucional. Antes dessa data, existia somente a figura do Procurador-Geral (*Attorney General*) e do *Director of Public Prosecutions*, que atuavam em alguns poucos casos. Com a ausência de um Ministério Público estruturado, a Polícia tinha exagerado poder de investigação e persecução penal, o que implicava constantes desmandos, os quais nem sempre vinham à tona. A situação culminou com o caso de três rapazes acusados de terem assassinado um homossexual nos anos 80 do século passado. Neste caso a Polícia inglesa obteve, mediante tortura, a confissão dos três, mas, anos depois, apurou-se que os acusados não tinham qualquer relação com o caso, e eram inocentes. Este caso acabou se revelando o divisor de águas na história recente da Justiça criminal inglesa, sendo que, a partir de então, visando frear o abuso de poder da Polícia, o Parlamento editou um estatuto disciplinando como a Polícia deveria proceder em sua investigação, desde à inquirição de testemunhas, até busca e apreensão e abordagem de pessoas, chamado *Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE). Segundo informa Steve Uglow¹⁰¹, mesmo após a promulgação do PACE, em quase nada mudou o comportamento da Polícia, que continuou a agir de forma abusiva, “inquisitória”, para usar o rótulo. No ano seguinte (1985), ainda visando abrandar os abusos policiais, como dito, estruturou-se nacionalmente o Ministério Público, criando o *Crown Pro-*

¹⁰⁰ EMSLEY, Clive. Ob. cit., p. 201.

¹⁰¹ UGLOW, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 74 e ss.

*secution Service*¹⁰².

8. DA INGLATERRA PARA OS ESTADOS UNIDOS.

Nos Estados Unidos o quadro de paulatina implantação de garantias do acusado no processo penal não divergiu muito. Para além a influência inglesa na estrutura originária do processo penal, algumas particularidades também implicam em dizer que nem de longe um pretendido “sistema acusatório”, da forma como é considerado pela doutrina, estruturou-se naquele país.

Como se sabe a Constituição Norte-americana, de 1787¹⁰³, em seus sete artigos e respectivas seções originárias, em termos de garantias processuais referia apenas ao *habeas corpus* (art. 1º, seção 9ª, cláusula 2ª), ao júri (art. 3º, seção 2ª, cláusula 3ª¹⁰⁴) e a proibição do testemunho indireto (art. 3º, seção 3ª, cláusula 3ª). Curiosamente, no art. 3º, seção 3ª, cláusula 1ª, há uma regra de prova tarifada: “ninguém será condenado por traição, senão pelo depoimento de duas testemunhas do mesmo ato, ou pela confissão pública na Corte”¹⁰⁵. Inquisitória, portanto, para os padrões doutrinários dicotômicos. Os demais direitos e garantias processuais somente foram a ela incorporadas com as dez posteriores emendas, de 1789, conhe-

¹⁰² Conforme GUARNIERI, Carlo. *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, p. 47 e ss. e também ASHWORTH, Andrew. *The Criminal Process – an evaluative study*. 2ª ed., New York: Oxford University Press Inc., 1998, p. 20 e ss.

¹⁰³ Texto integral em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>, acesso em 20.02.2013.

¹⁰⁴ *The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*

¹⁰⁵ Tradução nossa. No original, em inglês: *No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.*

cidas em seu conjunto como *Bill of Rights*¹⁰⁶. Nestas emendas encontram-se dispositivos de natureza processual penal, notadamente na quarta emenda (que regulamenta a busca e apreensão¹⁰⁷), na quinta emenda (que regulamenta as hipóteses de prisão; a coisa julgada e o direito a não autoincriminação¹⁰⁸), na sexta emenda (que regulamenta a celeridade processual, a publicidade, a imparcialidade, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa¹⁰⁹), na sétima emenda (que regulamenta o direito de ser julgado pelo júri¹¹⁰) e na oitava emenda (que regulamenta a fiança¹¹¹).

No entanto, foi somente a partir da Décima Quarta Emenda, em 1866 (ratificada pelos Estados-membros em 1868), que se começou a debater a necessidade dos Estados-membros seguirem compulsoriamente o quanto consignado na

¹⁰⁶ Conforme, dentre outros, RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., p. 108.

¹⁰⁷ Amendment IV. *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

¹⁰⁸ Amendment V. *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

¹⁰⁹ Amendment VI. *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*

¹¹⁰ Amendment VII. *In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*

¹¹¹ Amendment VIII. *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*

Bill of Rights, por conta dela fazer expressa referência à necessidade dos Estados-membros não poderem abolir privilégios ou imunidades, nem privá-los de vida, liberdade ou propriedade, sem o “devido processo legal”¹¹². Três correntes de interpretação surgiram no âmbito da Suprema Corte Norte-americana, como destaca Akhil Reed Amar¹¹³:

E ainda, apesar da importância do tópico e toda a atenção devotada a ele, nós ainda carecemos de uma avaliação plenamente satisfatória entre as dez primeiras emendas e a Décima-quarta. Pequenas variações à parte, três grandes abordagens dominaram o debate no século XX. A primeira, representada pelo Juiz Frankfurter, insiste que, rigorosamente falando, a Décima-quarta Emenda nunca incorporou nenhuma das disposições da Bill of Rights. A Décima-quarta somente exigia que os Estados honrassem os princípios básicos fundamentais de justiça e da almejada liberdade – princípios que, de fato, devem ter constado para sobrepor, totalmente ou em parte, algumas das regras do Bill of Rights, mas que não tem qualquer relação lógica com aquelas regras. A segunda abordagem, capitaneada pelo Juiz Black, insiste na “total incorporação” do Bill of Rights. A Décima-quarta emenda, afirmou Black, tornou aplicável contra os Estados cada uma das disposições da Bill, definitivamente – ao menos se nós definirmos que a Bill incluiu somente as oito primeiras emendas. Confrontando diametralmente com estes pontos de vista, o Juiz Brennan tentou conduzir a um meio termo de “incorporação seletiva”. Sob esta abordagem, as análises da Corte poderiam ser feitas cláusula por cláusula e direito por direito, incorporando totalmente cada dispositivo da Bill considerado fundamental, sem decidir por antecipação se cada um e se todos os direitos necessariamente passariam pelo tes-

¹¹² Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

¹¹³ AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. Harrisonburg, Virginia: Yale University Press, 1998, p. 139.

te¹¹⁴.

Assim, a efetiva aplicação desta emenda em âmbito nacional nos Estados Unidos – e por via de consequência da própria *Bill of Rights* nos Estados-membros – foi lenta e paulatina, por partes, somente se concretizando depois de diversas intervenções adotadas pela Suprema Corte Americana, o que retardou a efetividade de um pretendido processo penal de garantias naquele país. Para exemplificar como os direitos e garantias demoraram a se consolidar plenamente no processo penal norte-americano como um todo, basta compreender que somente em 1963, por ocasião do julgamento do caso *Gideon v. Wainwright*, 372 US, 335, a Suprema Corte americana decidiu que os Estados-membros deveriam ser obrigados a fornecer advogado ao acusado de crimes comuns (*felonies*) e não apenas para os delitos com pena de morte (*capital crimes*)¹¹⁵!

¹¹⁴ Tradução nossa. No original, em inglês: *And yet, despite the importance of the topic and all the attention devoted to it, we still lack a fully satisfying account of the relation between the first ten amendments and the Fourteenth. Minor variations aside, three main approaches have dominated the twentieth-century debate. The first, represented by Justice Frankfurter, insists that, strictly speaking, the Fourteenth Amendment never incorporated any of the provisions of the Bill of Rights. The Fourteenth requires only that states honor basic principles of fundamental fairness and ordered liberty – principles that might indeed happen to overlap wholly or in part with some of the rules of the Bill of Rights but that bear no logical relation to those rules. The second approach, championed by Justice Black, insists on “total incorporation” of the Bill of Rights. The Fourteenth Amendment, claimed Black, made applicable against the states each and every provision of the Bill, lock, stock, and barrel – at least if we define the Bill to include only the first eight amendments. Faced with these diametric views, Justice Brennan tried to steer a middle course of “selective incorporation”. Under this approach, the Court’s analysis could proceed clause by clause and right by right, fully incorporating every provision of the Bill deemed fundamental without deciding in advance whether each and every right would necessarily pass the test.*

¹¹⁵ Conforme RAMOS, João Gualberto Garcez. Ob. cit., p. 169. No mesmo sentido DAMMER, Harry R.; ALBANESE, Jay S. *Comparative Criminal Justice Systems*. 4ª ed., Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning, 2011, p. 124, que indicam a consolidação deste entendimento com o julgamento dos casos de *Escobedo v. Illinois* (1964) e *Miranda v. Arizona* (1966).

9. RETROCESSOS “INQUISITORIAIS” NO PROCESSO PENAL ANGLO-AMERICANO APÓS O 11 DE SETEMBRO.

A respeito do processo penal empregado nos Estados Unidos é oportuno destacar que, a exemplo das medidas de emergência que foram adotadas ao longo da primeira metade do século XX (*Espionage Act*, de 1917-1918; *Overman Act*, de 1918; e o *National Recovery Act*, de 1933¹¹⁶), este país hoje se insere numa nova realidade que tem como destacado marco inaugural¹¹⁷ os atentados terroristas às torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York, e ao Pentágono, em Washington, ocorridos em 11 de setembro de 2001, onde uma nova e forte tendência processual penal se estruturou, nos moldes do que, à luz da dicotomia, pode ser rotulada de “inquisitória”.

De fato, a notícia que se extrai da nova realidade processual penal norte americana é que o Parlamento daquele país, a pedido do então Presidente George W. Bush, em 24 de outubro de 2001, aprovou duas leis (a primeira delas lá denominada, sintomaticamente, de *Patriot Act*¹¹⁸ – ato patriota – e a segunda de *Homeland Security Act* – Lei de Segurança da Terra Natal) as quais autorizam a Polícia a efetivar prisões “para averiguação” de meros suspeitos em participar de atividades criminosas, sem que advogados possam entrar em contato com seus clientes presos, em determinado prazo, acabando, na prática,

¹¹⁶ Conforme AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 36 e ss.

¹¹⁷ Zaffaroni considera que a política equivocada norte-americana teria, pelo menos, três décadas de existência, fruto das administrações republicanas e da utilização da propaganda como justificativa para “*sobredimensionar o aparelho repressivo*”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Los desafíos del poder judicial*, in *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Shmidt, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 49.

¹¹⁸ Lei Federal 107-56 (*Uniting and Strengthening América by Providing Appropriated Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), que vem sendo reautorizada ano após ano.

com a possibilidade de utilização do *habeas corpus*¹¹⁹. As mesmas leis também autorizam a polícia a adotar outras medidas restritivas de direitos, a exemplo de escutas telefônicas e quebras de sigilo bancário, mesmo sem autorização judicial.

Pouco menos de um mês depois das referidas leis estarem vigentes, ou seja, no dia 13 de novembro de 2001, o mesmo presidente norte-americano editou decreto intitulado *Military Order* criando os “tribunais militares extraordinários”, que operam como tribunais de exceção, ignorando o princípio do juiz natural, sempre no intuito de “punir os inimigos” dos Estados Unidos. Destes “tribunais extraordinários”, destaca-se aquele instalado na base militar norte-americana em Guantánamo, na ilha de Cuba, onde, segundo noticiam os meios de comunicação, algo em torno de 340 pessoas estão presas e são acusadas de ligações com o terrorismo, lá permanecendo indefinidamente e sem direito a defesa, o que, por si só, desvela o discurso totalitário que, perigosamente, volta à carga.

Como se não bastasse, em 03 de agosto de 2007 o Parlamento norte-americano aprovou nova lei intitulada *Protect America Act*, que mais uma vez caminha na contramão da construção de garantias do cidadão. Trata-se de uma lei temporária e, como o nome indica, serve para “proteger a América”, autorizando os centros de inteligência norte-americanos a buscar provas no exterior, inclusive legitimando, no plano processual penal, provas coletadas sem autorização de um juiz americano, particularmente no que concerne à vigilância eletrônica de pessoas no mundo todo.

Para espanto do resto do mundo, agregam-se treinamen-

¹¹⁹ É importante considerar que a Suprema Corte Norte Americana, por 6 votos contra 3, acabou mitigando a negativa de Cortes Estaduais do mesmo país, quanto à utilização (o que não implica, necessariamente, sua concessão) da ação de *habeas corpus* por estrangeiros, conforme refere CONDE, Francisco Muñoz. *De Nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*, in *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, coordenação de Andrei Zenkner Shemidt, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 71.

tos e orientações que pregam até mesmo o resgate da tortura como método velado de obtenção da confissão¹²⁰.

A Inglaterra também está dando mostras de querer seguir o modelo de processo penal diferenciado contra os inimigos terroristas. É o que revela a lei intitulada *Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*, editada no mesmo ano de 2001, após o atentado às Torres Gêmeas norte-americanas e ampliada no seu alcance em 2005, através do *Prevention of Terrorism Bill*. As duas leis tiveram como nítida inspiração o já referido *Patriot Act* norte-americano, uma vez que também prevêm a possibilidade de detenção para averiguação de suspeitos (ingleses ou não) que representem perigo para a segurança nacional, além de inúmeras outras medidas restritivas de direitos individuais do cidadão¹²¹.

Enfim, não é preciso muito esforço de raciocínio para concluir que estas posturas representam significativo e perigoso retrocesso na democracia e na ideia de um pretense processual penal cunhado de “acusatório”. Nem mesmo a prevenção ao terrorismo – ou ao demônio, como se fazia no discurso do século XVIII – deve exigir tanto, nos moldes já alertados por Beccaria¹²².

Ou seja, o modelo hoje consagrado na Inglaterra e nos Estados Unidos, de *cross examination*, com afastamento do juiz da gestão probatória, de presunção de inocência, de ampla defesa e do ônus da prova a cargo da acusação, é relativamente recente e já vem sofrendo forte revés pelos atos legislativos acima pontuados. Nesse sentido, para além das já referidas análises detalhadas de Langbein e de Amar e, também do reporte

¹²⁰ Sobre o tema vide, dentre outros: SIEMS, Larry. *The Torture Report: What the Documents Say About America's Post-9/11 Torture Program*. New York: OR Books, 2011.

¹²¹ O texto completo da lei encontra-se, em inglês, no site www.publications.parliament.uk, acesso em 15.10.2007.

¹²² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dei delitti e delle pene*. A cura di Franco Venturi, Torino, Italia: Giulio Einaudi editore, 1973.

de Charles Cottu, em sua famosa obra *De la administration de la justice criminelle en Angleterre*¹²³, destaca-se a percepção de Stephan Landsman¹²⁴:

*Ninguém se pôs a construir o sistema adversarial. Nem mesmo foi parte de um grande projeto do governo ou de um engenhoso filósofo do direito. Os juízes, os advogados e os litigantes do século XVIII da Inglaterra foram aos seus trabalhos inconscientes de eram os instrumentos de um “propósito” histórico ou o que o produto de seus trabalhos seria um novo sistema de julgamento.*¹²⁵

Como se vê, enfim, os rótulos reducionistas dos pretensos “sistemas” que a doutrina insiste em referir, nem de longe podem ser considerados historicamente elaborados.

10. CONCLUSÃO.

O quadro histórico encontrado na Inglaterra a partir dos documentos do *Old Bailey Session Papers* e a dificuldade de efetivação da *Bill of Rights* identificada nos Estados Unidos, para além de revelarem o equívoco das análises dos historiadores do século XIX, também permitem afirmar que as sínteses pretensamente sistemáticas dos doutrinadores europeus do mesmo século XIX em diante são embasadas em premissas equivocadas e, só por isso, já deveriam ser revistas. Ademais, esse a incerteza sistemática, como visto, é hoje ampliada pelas reformas processuais recentes dos dois países.

¹²³ COTTU, Charles. *De la administration de la justice criminelle en Angleterre et l'esprit du gouvernement anglais*. 2ª ed., Paris: Libraire de Charles Gosselin, 1822, obra digitalizada e encontrada na íntegra na internet. www.archive.org., acesso em 06.02.2013.

¹²⁴ LANDSMAN, Stephan. Ob. cit., p. 502.

¹²⁵ Tradução nossa. No original, em inglês: *No one set out to build the adversary system. It was neither part of a grand governmental design nor the scheme of an ingenious legal philosopher. The judges, lawyers, and litigants of eighteenth century England went about their business unaware that they were the instruments of any historical “purpose” or that the product of their labors be a new system of adjudication.*

Mas a problemática de manter-se vinculado, ainda hoje, à dicotomia dos sistemas também apresenta outro lado perverso, consistente na dificuldade exegética e em não se permitir avançar em busca de modelos de processo penal que sejam melhores do que a dupla de referência.

Pior será inserir na lei – como propõe o Projeto de reforma do Código de Processo Penal no Brasil – uma exigência exegética que, além de não expressar um consenso doutrinário, é falha na sua elaboração e referência histórica.

Seria fundamental, então, para um melhor ajuste do direito pátrio aos princípios constitucionais que o norteiam, que se refletisse mais a respeito do texto proposto no Projeto hoje em trâmite no Congresso Nacional. Depois de aprovado, sobrarão apenas a dificuldade de interpretação e harmonia das regras.

Propõe-se, portanto, que se reveja a cláusula inserida no Projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro, de fazer expressa referência à adoção de um pretense “sistema” acusatório que não guarda necessária vinculação histórica e que, para além de provocar séria dificuldade exegética (pois não há consenso quanto às suas limitações e alcance), acaba sendo utilizado hoje mais como *slogan* doutrinário de pouca reflexão, como também alertam, dentre outros, Montero Aroca¹²⁶ e Lorena Bachmaier Winter¹²⁷, revelando até mesmo um paradoxal senso comum teórico-crítico em sua irrefletida utilização paradigmática.

¹²⁶ AROCA, Montero. *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político*. In: *Prueba y Proceso Penal. Analises especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. COLOMER, Juan Luis Gómez (coordenador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 19 e ss..

¹²⁷ WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Lorena Bachmaier Winter (coordenação), Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.

